

フランツ・フォン・リストにおける学問観

——「ドイツ近代刑法史」の再考のために——

朴 普 錫*

目 次

はじめに

第一章 リストの学問的基礎

一 実証主義哲学

二 心理的因果律——目的律

三 リストにおける進化論的發展論

第二章 実証主義的アプローチ, その科学性

一 科学的実証主義——犯罪の社会的原因

二 科学的実証主義——犯罪の個人的要因

第三章 刑法学の学問としての役割

一 リストにおける刑法学の課題および全刑法学

二 リストの国家観と学問の役割

む す び

はじめに

ドイツの刑法史に関する日本の先行研究の中には、「近代刑法」という表現がしばしば見いだされる。それは「近代」における「刑法」一般を漠然と指し示す言葉であるというよりも、むしろ、とりわけ「啓蒙」との密接な関係性を意識しつつ、特別な意味内容のもとで構成された概念である¹⁾。そして、これまでの先行研究が、「近代刑法」の特徴を歴史的に理

* ぱく・ほそく 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

1) 日本の先行研究に見られる「近代刑法」の「近代」という言葉は、「啓蒙との密接な関係性」をもっている「特別に概念構成された対象」を指しており、ドイツの先行研究にメ

解しようと試み、その「原点」ともいえる啓蒙期の刑法に特に光を当て続けてきたことは²⁾、日本におけるその時々時代の要請に応えようとする研究者たちの姿勢と深く関係している。浅田和茂氏によれば、「啓蒙期刑法学の研究は、現代刑法の原点に立ち帰る意味で、常に刑法学の重要な研究分野の一つ」であり、その意味合いは時代によって異なるとされている。すなわち「戦前の啓蒙期刑法学研究は、当時の時代状況のもとで、近代刑法の基本原則を確認すること自体が、当時の体制に対する一種の抵抗の意味を有していたように思われる」のに対して、「戦後初期の研究は、戦前・戦中における刑罰権濫用の歴史を踏まえて、それに対する歯止めを近代刑法の原点に求めたもの」といえるのであり、「そして、近年の研究は、新たな犯罪現象と処罰要求の前で、空洞化の危機にさらされている刑法の基本原則を再構築する、という意味を有している」のである³⁾。このように、日本の近代ドイツ刑法史に関する先行研究においては、権力批判・現状批判としての方向性が明白であって、こうした問題意識は今日も受け継がれているのである。

歴史的研究の背景となる、刑事司法の現状に対するそのような批判的な問題意識を反映した表現として、近年において典型的に用いられているの

↘見られる「Neuzeit (das neuzeitliche Strafrecht)」と「modern (das moderne Strafrecht)」という言葉とは相違がある。高橋直人氏によれば、前者 (Neuzeit) は「時代区分における近代を指す」ものであり、日本の「近代」と少しずれがあるとし、後者 (modern) は「……「近代」的なものの始まりが一般に刑法への啓蒙思想の影響という点と密接に関係づけられつつ語られている」ものであって、「啓蒙との密接な関係性」を持っている点で、日本の「近代」という概念と基本的に類似しているとする。さらに、両概念ともにドイツの先行研究においてその使われる頻度は希であり、しかも「日本の場合のように明示的に「近代刑法史研究」というジャンルとして自らを位置づけているとは、一概にはいえないのである」とする (高橋直人「ドイツ近代刑法史研究の現在」『法制史研究』61号、2011年) 171頁以下)。

2) このような先行研究は少なくない。その例として、足立昌勝『国家刑罰権力と近代刑法の原点』(白順社、1993年)、同『近代刑法の実像』(白順社、2000年)、東京刑事法研究会編『啓蒙思想と刑事法：風早八十二先生追悼論文集』(勁草書房、1995年)などが挙げられる。

3) 浅田和茂『刑法総論 補正版』(成文堂、2007年)、18頁以下。

は、たとえば「刑法的介入の早期化」⁴⁾ や「判例における柔軟すぎる解釈」による「立法エネルギー抑制」⁵⁾ などの言葉である。これらは、日本における刑事司法の問題状況を簡潔かつ明確にあらわすものとして示唆に富んでいる。そこに込められているのは、いわゆる「法治国家刑法」の刑事司法が直面する憂慮すべき状況に対して注意を喚起し、そのあるべき姿および今後のより良い方向性を提示しようとする姿勢である。現状を批判的にとらえるそういった姿勢こそが、「近代刑法」を歴史的に見つめ直そうとする先行研究を導いてきたものであり、日本における啓蒙期刑法(学)の研究もそこから発展してきたといえる。言い換えれば、現代刑法の基礎にある考え方に立ち返り、現行刑法の本来あるべき姿を見出していくために、近代刑法の「原点」としての啓蒙期刑法に注目が向けられたのであった。常に啓蒙期刑法の原則を確認し強調する試みの根底には、現代の国家刑罰権力に対して警鐘を鳴らし、濫用を防止するための歯止めとしての役割を学問的に果たそうとする意図があったといえよう。

近代刑法史研究のもつ以上のような役割は、今日もちろん重要である。ただし、刑事司法の現状を意識しつつ歴史的な考察を進めるためには、立ち返るべき「近代刑法の原点」としての啓蒙期刑法をより良く理解する作業も欠かせないにせよ、これと合わせて、続く啓蒙期以降の19世紀から今日に至る展開の中で「近代刑法」がどのような意図あるいは「目的」のもとで国家により制定され運用されていったのかを、実証的に明らかにすることも重要である。つまりは、啓蒙期から今日に至る広義の「近代刑法」が辿ってきた一連の歴史的経緯をふまえ、その理解の延長線上に現在の刑法をめぐる問題状況をとらえて批判的に向き合うことが必要なのである。

以上のような筆者の問題意識とのかかわりからいえば、ドイツ近代刑法

4) 浅田和茂「刑法的介入の早期化と刑法の役割」(井戸田侃先生古稀祝賀論文集『転換期の刑事法学』現代人文社、1999年、所収)723頁以下。

5) 浅田和茂、前掲書注(3)、63頁。

史研究を進める際には、いわゆる「刑法における学派の争い」を主導した新派刑法学の領袖であるフランツ・フォン・リストが重要な考察対象となる。というのは、「近代刑法学の父」フォイエルバッハ (P.J.A.Feuerbach) の理論に特徴的にみられる傾向として W・ナウケ氏が指摘した「有効に機能する手段としての刑法」というものが⁶⁾、後のフランツ・フォン・リストに至って「刑法における目的思想」という形で本格的に定式化され、目的に供する「刑法の手段としての高機能性」という考え方は、それ以降現

6) これについては、高橋直人「心理強制説をめぐる十九世紀前半の議論——フォイエルバッハの「威嚇」論はどのように受け止められたのか——」(生田勝利先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』法律文化社、2014年、所収) 177頁以下を参照されたい。なお、Wolfgang Naucke, Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens, in Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Berlin 2007.101ff.; ders., P.J.A.Feuerbachs Strafrechtslehre: Die Veredelung der Effektivität des Strafens durch die Gerechtigkeit, in: Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000.157f. ナウケ氏は近代刑法(史)に関する批判的な再検討を長期にわたって行っており、刑法学における歴史研究の重要性を強調してきた。本氏の研究は現代刑法を歴史的なものとして理解する際に、重要な示唆を提供するものである。さらに、同じ傾向をもつ研究者として、フォルンバウム (Tomas Vormbaum) 氏があげられる。彼は、とくに、刑法(学)の使命ないし役割は権力批判および国家の刑罰を制御し監視するところにある、「権力に対する警戒は権力の濫用の歴史を知ることから成長する」として、刑法学における刑法史研究の意義を強調する (Tomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2Aufl., Heidelberg, 2011. S.3.)。なお、本田稔氏はこのようなドイツ刑法学における歴史研究の成果を情熱的に紹介されている。フォルンバウム氏の作品を紹介したものとして、本田稔「〈資料〉トーマス・フォルンバウム 歴史と解釈のなかの断片的刑法」(『立命館法学』2014年 第2号)があり、ナウケ氏の作品を紹介したものとして、「共同研究：刑法における「学派の争い」の批判的検証——I. ヴォルフガング・ナウケ「『学派の争い』?」本田稔(訳)」(『立命館法学』2013年 第4号)、同「〈資料〉ドイツ法治国家刑法の状況に関する文献の紹介(1) ヴォルフガング・ナウケ 法定主義と刑事政策、(3) ヴォルフガング・ナウケ 合理性原理の状況」(『大阪経済法科大学法学論集』40巻1998年、42巻1998年)、同「〈資料〉ヴォルフガング・ナウケ 法治国家刑法の脆弱性を超えて」(『大阪経済法科大学法学研究所紀要』、25巻、1997年)、同「〈資料〉ヴォルフガング・ナウケ 刑法における重点の変遷(1)(2・完)」(『大阪経済法科大学法学論集』、37巻1996年、39巻1997年)、同「〈紹介〉ヴォルフガング・ナウケ ナチス刑法——現代刑事政策の倒錯かそれとも適用事例か?——」(『犯罪と刑罰』、10巻1994年)、同「ドイツ刑法史に関するヴォルフガング・ナウケの文献紹介(資料)」(『大阪経済法科大学法学論集』32巻1994年)などがある。

在に至るまで大きな流れとして、ドイツだけでなく日本においても大きな影響を及ぼし続けていると考えられるからである。つまり、啓蒙期から19世紀初頭にかけて一応の成立をみたドイツの近代刑法が、ナウケ氏のいう「有効に機能する手段としての刑法」という性格をフォイエルバッハのもとで当初から内包しながら、リストの目的思想のもとでその基本的性格を顕著に示すに至る経緯をあとづける必要があるのではないか、ということである。

勿論、リストに関する研究そのものは、これまで日本国内外において蓄積されてきており、数多くの先行研究を通じて彼の基本的な考え方がすでに一通り明らかになっているといっても過言ではないだろう。それにもかかわらず、いま改めてリストを取り上げる意義はどこにあるのか。筆者は次のように考える。リストに関する先行研究においては、どうしても「刑法における学派の争い」とのかかわりからリスト理論の歴史的意義に関して考察するものが多く、したがってそのような特定の文脈にとらわれずリストの全体像を多面的に把握しようとする観点からみれば、必ずしも満足な成果が達成されてきたとはいえない。とりわけ「国家観をも含む刑法(学)の学問としての役割・使命」について刑法家であるリストがどのように考えていたのか、つまり彼の「学問観」⁷⁾がいかなるものであったのかという観点からの考察は限られているように思われる。だが、刑法学に限らずおよそ学問上の理論というのは、それを作り出した論者の学問観をふまえて検討してこそ正確に理解されるのであって、ひいてはその理論の

7) ここにおいて、「リストの刑法思想」という言葉を用いず、「学問観」という言葉を使ったのは、リストが刑法学において「目的思想」を定式化したといわれる割には、一定のまとまった思想体系を樹立したわけではないと思うからである。すなわち、のちに検討されるように、彼の理論構成がある対象を排除するためのものになってしまっていることから、結局、それが刑法(学)を目的に供する手段として転落させるだけでなく、明確なイデオロギー性をももっていると考えられるからである。さらに、その方法論として実証主義的アプローチを用いるも、論理的な一貫性をなしていないので、彼の理論をまとめた体系としての「思想」とは言えない。したがって、彼の「思想」が目指そうとする刑法(学)という意味合いで、「学問観」という言葉を用いたほうが適切であると思う。

もつ含意さえも浮き彫りになるはずである。このような観点からリストの学問観を考察した場合には、刑法とその「目的」をめぐる、彼とかかわりのある今日の問題状況をより深く理解するための新たな知見を提示することができ、リストに関する歴史的評価をより多様な観点から行っていくための新たな素材が得られることも期待できる。

そこで以下においては、リストの学問観を探るべく、まず、彼の学問的基礎をなしている「目的思想」と「進化論的發展論」について考察したのち（第一章）、彼の学問上の基本概念が、実際の理論において、どのような広がりを持っているのかを検討する（第二章）。そして、最後に、リストの考えた国家観と刑法学の課題を考察したのち、リストの学問観を探ることにしたい（第三章）。

第一章 リストの学問的基礎

この章においては、リストの理論が自然主義・実証主義的立場から導かれていることを受け、まず、実証主義が哲学史においてどのように展開されていったのかを概観したのち、実証主義的な傾向がフランツ・フォン・リストにおいてどのように受け継がれていくのかを検討する。その後、リストがイエーリングにならい、刑法の分野で定式化した、彼の学問的基礎である「目的思想」を理解すべく、さしあたりその核心的な部分として、心理的な因果律である目的律（Zweckgesetz）に従う心理的現象である「目的」が、どのような仕組みで現象界の因果律に作用するようになるのかを考察する。というのも、そもそも厳密な自然科学であれば因果の流れに目的という概念がかかわることは認められず、自然科学的方法論を用いる実証主義的アプローチにおいても目的論は採用され難いのであって、因果的決定論者であるリストがどのようにして「目的」という概念を因果的に説明できたのかが疑問になるからである。そして、最後には、リストの用いたもう一つの学問的基礎である進化的發展論が、リストの理論構成に

において、どのような意味合いを持ち、どのような結果をもたらしたのか、そしてどのような広がりを持つのかということについて考察する。こうすることによって、リストの学問観を明らかにするための基本的な土台が築かれるのである。

一 実証主義哲学

いわゆるドイツ観念論の完成とも言われるヘーゲルの哲学は、絶対者から超越的性格を切り離すことができず、それゆえ歴史の過程は自由の実現を目的とする「神の摂理」に支配されているという理性主義的形而上学のゆえに、のちの哲学によって反対されることとなる。ヘーゲル以後の哲学は——実証主義的傾向、批判主義的傾向、非合理主義的傾向の順序で生じてくる⁸⁾。このような動きは、理性主義的傾向に反対する点でおおむね一致しているといえるが、本稿との関係で、以下においては、その傾向のなかで「実証主義」的傾向に限ってみていくことにする。

哲学史において、19世紀を通じて、永遠的なものへの関心は世俗的なものへ、普遍的なものへの関心は特殊的・相対的なものへと移り、そして人間から環境へ、理想的なものから現実的なものへ、抽象的な人間からある

8) 岩崎武雄氏はその著書のなかで、ヘーゲル以後の哲学傾向を3つに分類することが出来るとし、次のように区別する。すなわち、「第1は、理性によって支配されているとするヘーゲル哲学に反対して、世界の本質の非合理的なことを強調し、非合理的な生（Leben）を重んじようとする「非合理主義的傾向」、第2は、カントの認識論の立場、すなわち経験論と合理論の両者を統合し、一方に経験のもつ意義を認めると同時に他方思惟の意義をも十分に評価する「批判主義」的傾向、第3は、もっぱら経験的事実のみを重んじてゆく「実証主義」的傾向である」とする（岩崎武雄『西洋哲学史（再訂版）』有斐閣、1975年、245頁以下）。本稿はこの分類に従うものであるが、岩崎氏も言われるとおり、このような分類は「現代哲学の趨勢を比較的簡明に把握する便宜のための試み」であるにすぎない。実際、これらの諸傾向が入り混じって非常に複雑な様相を呈していたことは言うまでもない。なお、ヴィーアッカーは実証主義を歴史的観点から3つの類型に分類する（つまり、学問的実証主義（概念法学）、制定法実証主義、法学的自然主義）。これについては、Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.Aufl., Göttingen 1967, S.459.

がままの人間へと、学問的な関心は移った⁹⁾。デカルト以降、フランス・イギリスにおいて、自然科学的傾向を持った合理主義・経験主義・啓蒙主義との関連はずっと続き、その関連が19世紀の半ば頃に実証主義という形で現れることになる。実証主義の方向を代表する人物としてコント (Auguste Comte, 1798-1857) を挙げることが出来る。彼はいわゆる「実証主義 (positivisme) また実証哲学 (philosophie positive)」の創始者であり、広く思想界一般に大きな影響を与えた。コントは知識を3つの状態に区別したのち、それが第1の状態から第3の状態へと発展してゆくとする。すなわち、すべての現象を神の意志の働きによって説明しようとする第1の神学的状態から、神という人格的存在者の代わりに力という抽象的な実在を考え、これによって現象を説明しようとする第2の形而上学的状態を経て第3の状態である実証的状态に達するとする。この第3の状態に至ると、第1、第2の状態における「絶対的知識」、つまり「事物の生起の第1の原因」のようなものが求められることはない。あくまでも、経験的事実に即し、ただこの事実相互の間の恒常的関係を探求するだけである。現象を超越した「究極的原因」を探し求めることをやめて、現象間の法則を探求するのである。現象の法則を認識するようになると、いまや現象の生起を「予見」することができるようになる。このようにして、「予見せんがために見る」ということが、実証的状态における「認識の目的」となるのである。なお、この点で実証主義が経験主義から区別されるわけである。すなわち、「経験主義はただ事実の観察のみを重んずる余り、単なる事実の機械的蒐集に終わるが、実証主義は事実を重んじつつも単に事実止まることなく、この事実合理的な思索を加えることによってそこに存する法則を見出そうとする」ので¹⁰⁾、両者は明確に区別される。

この当時はイギリスでも実証主義的思想が有力になり、功利主義を基礎

9) J. H. ハロウエル著、石上良平訳『イデオロギーとしての自由主義の没落』(創元社、1953年) 103頁。

10) 以上、岩崎、前掲書注(8)、258頁以下。

づけたベンサム（Jeremy Bentham, 1748-1832）、とくに「帰納法理論の完成者」として知られるジョン・ステュアート・ミル（1806-1873）が有名である。ドイツにおける19世紀後半以降の実証主義的傾向についてみると、いわゆる「ヘーゲル左派」により実証主義的傾向が広まっていき、「自然科学を絶対的に信頼してすべての現実をただ物質の機械的運動から説明しようとする唯物論が生じて」くる一方で、唯物論的基礎の上に立ちながらも、機械論的唯物論に対抗してマルクス及びエンゲルスによって弁証法的唯物論が打ち立てられる¹¹⁾。これは、機械論的唯物論に対して、「事物をその生成・消滅の過程のうちにおいてとらえることをせず、ただ事物を静止的に、つまり非発展的・非歴史的な見方をとったという点に」その誤りがあるとし、「存在を発展の論理」と見る弁証法的唯物論を用い、「一切の存在を考察し、そこに弁証法的構造すなわち矛盾とその統一という構造を見出す」のである。この立場においてとくに重視される存在の弁証法的構想が「量から質への転化の法則」であり、「弁証法的唯物論における弁証法とは存在そのもののうちに弁証法的構造を見出そうとするものである」¹²⁾。そして、注目すべき傾向として、進化論的哲学を挙げることができる。弁証法的唯物論にも「発展・進化の思想」はあるが、その由来はヘーゲルの弁証法である。ところが当時生物学でも漸次進化論的思想が起こり、ダーウィンがこれに確実な基礎付けを行うようになり、「生物学的な進化論思想を基礎とする哲学が」生まれるのである。そのなかでも特に有名なのがスペンサーであり、彼は社会有機説を唱え、社会の発展を進化論的に説明したのである¹³⁾。

11) 岩崎、前掲書注(8)、262頁。

12) 岩崎、前掲書注(8)、263頁以下。

13) 岩崎、前掲書注(8)、266頁。周知のとおり、スペンサーの社会有機説は生物学主義の典型であり、ナチのような反動的世界観の土台となる。なお、ヴェルツェルは、「ダーウィンの進化論を取り入れたスペンサー哲学において、実証主義がその頂点に達したと評価する（Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, Berlin, Leipzig 1935. S.2.）。

このような思想界の実証主義的傾向は法学にも多大な影響を与える。法学における実証主義の影響によって、法価値の考察を非科学的であるとし、これを求めることはせず、意識的に法の経験的な探求に専念するような傾向が頭角をあらわすようになる¹⁴⁾。このようにして、実証主義が刑法の分野で、のちに見るように徹底的な実証主義的アプローチではないにせよ、明確な形で現れるのがフランツ・フォン・リストにおいてである。刑法においてリストの反思弁的実証主義は彼のオーストリア時代にその原型が植え付けられた。当時ウィーン大学にはグラーゼ (Julius Glaser) およびヴァールベルク (Emil Wilhelm Wahlberg) を代表とする「ウィーン刑法学派」があつて、それは「当時ドイツ刑法学を支配していたヘーゲル学派の抽象的・形而上学的傾向に反対して、刑法の人道主義的理解と進化的歴史の考察に重点をおき、反哲学的傾向を濃厚にしていた」のである¹⁵⁾。このような雰囲気の中で、リストは将来自身の刑法学における根源となる基礎を磨き上げる。すなわち、リストはイエーリング (Rudolf von Jhering) からは周知のとおり目的思想を、メルケル (Adolf Merkel) からは¹⁶⁾ (リストは彼の講義を聴講していないけれども) 実証主義的一般法理論の

14) ラートブルフはこの段階を法現実のうちに法価値を求めることをしない、「法学上の実証主義の時代」と名付ける (田中耕太郎訳『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』東京大学出版会, 1961年, 133頁)。

15) 木村亀二『刑法雑筆』日本評論社, 昭和30年, 302頁。

16) 非思弁的傾向はリスト、ビンディング、メルケルに共通する。しかし、メルケルはほかの二人とは相違がある。1881年全刑法学雑誌の創刊号において、刑法学における観念論について、「我々が事物をありのまま単純に解することを妨害し、経験の成果に満足することをさせない」(Adolf Merkel, Über „das gemeine deutsche Strafrecht“ von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft, in: ZStW1 (1881), S.554.) と批判しながら、刑法における根深い観念論的思考に対して実証的な法理論を持ち出す。しかし、その一方で、メルケルは、歴史的研究のとき、そして特別な解釈学上の課題に対して、我々はふだん実証主義的精神によって満たされたような態度をとるが、一般的な問題に向かうとすぐに、たいいていの場合において完全に異なる精神が我々に現れるとし、これに合致するのが二元論であり、それは実体的 (技術的, 体系的) 法学と形而上学的 (観念構成的) 法学であるとする。そして、上記の性向に従って主要なものとして見なされ得るようなものがそれを守るのであり、理想化作業でもなく単純な記述化の作業でもない、関連生活領域に

法哲学を¹⁷⁾、ヴァールベルクからは刑法における個別化と類型化の原理に基づく機会犯人と常習犯人の区別を自分の刑法学に取り入れたのである。さらに、リストはヴァールベルクが依拠したヘルバルト (Johann Friedrich Herbart) の心理学上の学説、すなわち、「優越な動機の決定論 (Lehre vom „Determinismus des vorwiegenden Motivs“)」に従うのである¹⁸⁾。実証主義は法哲学の不在に代わるものとして、刑法の分野でも諸学者に広く取られるようになり、それがフランツ・フォン・リストに取り入れられ、明確な形をとって現れるようになるのである。特にリストは、学問上の方法論において、イエーリングから非常に大きく影響を受けているが、イエーリングが客観的真理および価値の存在を完全に否定しないのとは違って、リストはそれを否定しているかのように思われる。たとえば、リストが「あらゆる心理学は自然科学である」¹⁹⁾とした場合に、これは心理的な諸問題について物理的イメージ、つまり因果的決定論を想定していることであり²⁰⁾、心理的な現象でさえそのように機械的な因果律の観点

における法則性の研究を目指す作業は、その両領域から締め出されている (ebenda., S.556.) と述べ、実証法学と哲学の有する問題点も認識していたのである。この点、彼に特徴的なことである。なお、メルケル、リスト、ビンディングは実証主義的な思考の当然の流れとして一般法学的傾向をも共有している。いわゆる刑法における「学派の争い」を代表するリストとビンディングにおけるこのような類似点は、のちの「学派の争い」の議論のなかで埋没され看過しがちであるが、19世紀から20世紀の変わり目の刑法学上の議論状況をより正確に理解するためには、このような共通点に十分注意を払う必要がある。

17) Monika Frommel, Die Rolle der Erfahrungswissenschaft in Franz von Liszt's „gesamter Strafrechtswissenschaft“, in: Kriminalsoziologische Bibliografie. Heft 42. 1984, S.38f.; 木村亀二、前掲書注(15)、305頁。なお、リストはメルケルが古い哲学を否定し、それを実証主義の一般法論に変えたことになって、一般法論が哲学の地位にとって代わるにふさわしいと、彼の教科書の初版で述べている (Franz von Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht. S.15 f.)。

18) Reinhard Moos, Franz von Liszt als Österreicher, in: ZStW 81 (1969), S.667ff.

19) Franz von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1905; Bd. II., S.191. 周知のとおり、リストの講演論文集である「Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (1905)」は Bd. I と Bd. II の2巻構成となっており、以下において、この作品からの引用は、A. u. V. I あるいは A. u. V. II と表記する。

20) Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.21. なお、ヴェルツェルの作品を引用する際に、藤尾

から理解するということからしても、形而上学的な思考から彼が完全に決別しているかのように見えるのである。

しかし、その一方で、リストは信仰と科学について、「信仰の領域は科学の領域の彼岸にある。カント的認識論の意味で両領域を区別しようと努力する人は、両領域が互いに独立的に存在するということを否定しない。純粋な科学的認識によって、いつか我々の信仰が危険にさらされることができないとすれば、信仰によって科学的認識が促進されたりすることも考えられない。時間と空間との背後に、我々の近視眼的な判断力にとって隠されているものを我々が信じ、希望し、愛することができるし、かつそうすべきである。とはいえ、我々がそれを科学的に認識することは不可能である。したがって、信仰の領域から科学的認識領域へ介入することについては、これをきっぱりと拒絶しなければならない。形而上学的思弁は、絶対的刑法理論を装ったとしても、科学、したがって、刑法学とは何の関係がないのである」とする²¹⁾。ここから分かるのは、リストが刑法学において形而上学および思弁的な内容は完全に退けるべきであるとしながらも、信念・信仰の領域をまた認めているということである。さらに、次節以降でも見るように、リストが仮に純粋な実証主義の立場を頑なに守ろうとしたとすれば、認識論上のア・プリオリな規定は認めないはずであるが、リストは公理的な規定を用いて演繹的に理論を構成している。したがって、彼が自ら因果的決定論を取っていると言っても、ヴェルツェルの意味における「徹底的」な実証主義者であるとは言えないところがある。

なお、リストの「目的」という思想は、後述のように、理性主義から完全に離れていないイエーリングから借り入れたものであり、ほぼ同じ意味合いで使われていると考えられる。しかも、リストが自分の理論体系を

▼ 彰訳「刑法における自然主義と価値哲学——刑法学のイデオロギー的基礎の研究——」新
潟大学法経論集17巻3・4号（1967年）を参考にし、一部においては訳語をそのまま借用
させていただいたが、煩雑を避けるために一々指摘しなかったことを予めお断りしておき
たい。

21) A. u. V. II., S.297.

「目的思想」と名付けていることから、それがのちに見るように心理的に導かれることであれ、因果論からは考えられない「恣意性」という考えの入る余地が予定されていたのではないと思われる。というのも、「思想」は意図的なものであり、偶然的合成力でなく、そもそも厳密な自然科学であれば目的という概念は認められないのであり、それに従う実証主義においても、純粋な因果的決定論者であれば、目的論は出てこないからである。このように、リストにおける実証主義的傾向は完全な因果的決定論に依拠しているとは言えないのである。そこで次節においては、「目的思想」の基本的な枠組みである心理的な因果律を検討し、このようなアプローチがどのような結果をもたらしうるのかを考察する。

二 心理的因果律——目的律

「マルブルク綱領」の表題である「刑法における目的思想」というのは、リストがイエーリングの『法における目的思想』²²⁾を刑法に転用し、刑法の領域にイエーリングの理論的構想を持ち込んだということをあらわす²³⁾。イエーリングは、リスト宛ての手紙で、リストが自分の主張している基本的見解および方向性を刑法の領域で成功裏に実行するにふさわしい人であると言いたほどであり²⁴⁾、リストも「マルブルク綱領」のなかで、イエーリングが『法における目的』で述べた見解と自分の仮説が本

22) Rudolf von Jhering, Der Zweck im Recht. Bd1. 1Auffl. 本稿において、イエーリングの『法における目的』からの引用は、Bd.1の第一版だけを対象にした。というのも、マルブルク綱領の前に出版されたのがBd.1の第一版であり、リストがこれを参考にしたはずだからである。なお、第7章（Kap. VII. Die sociale Mechanik oder die Hebel der socialen Bewegung）までの訳語にあたっては、山口勉彦編訳『イエーリング・法における目的』（信山社、1997年）に依拠した。

23) リストはウィーン時代に、イエーリングの講義に自分の時間の大部分を割り当てており、大きく影響を受けている（Reinhard Moos, a.a.O. (Anm. 18), S.660, 664）。

24) Gustav Radbruch, Franz v. Liszt – Anlage und Umwelt, in: ders., Elegantie iuris criminalis, S.215. Fn. 19.

質的な面で一致しているとする²⁵⁾。このように、「マールブルク綱領」のなかで、イエーリングとの関連付けがなされており、イエーリングの理論はリストに積極的に受け入れられているのである。とりわけ、リストにおける「目的」という思想は、彼の学問を支えている絶対的なものであるといっても過言ではないので、それがどのような意味合いを持っているのかを理解する必要がある。さらに、リストの「目的思想」は、社会的現象に介入するための理論的な根拠を示す考え方であるだけでなく、しかもそれが実証主義的国家観、つまり抽象的な人間の権利ではなくて、法的権利を担保する実力をその本質とする国家によってその方向性が決められるという考え方でもあるので、この「目的思想」における「目的」がどのようなことを含意しているのかを理解することが非常に重要である。というのも、実力をその本質とする国家によって左右される「目的」の在り方をリストがどのように定式化したのかを究明することは、彼の学問観（刑法（学）の学問としての役割・使命にかかわる考え方）を理解するための出発点であり、彼の学問を評価する際の試金石でもあると思うからである。したがって、リストの目的思想および学問観をよく理解するためには、まず、彼がより所としているイエーリングの「目的概念」および「目的律（Zweckgesetz）」について考察する必要がある。リストの「目的」という概念は、意志が実現しようとする未来的なるものの観念である²⁶⁾。それは内的過程を経て形成された意志によって確定されるのであり、それによって社会的現象への目的意識的な介入が可能となるのである。したがって、リストの学問観を探るための出発点は、そのような仕組みを理解することから始まる。

イエーリングは、この世には自己原因（causa sui）で生起することはないとする充足理由論（der Lehre vom zureichenden Grunde）に従い、自然における充足理由と意志におけるそれとを区別し、前者を「機械的なもの、

25) A. u. V. I. S. 137.

26) Jhering, aa.O. (Anm.22), S.10.

つまり原因（動力因 *causa efficiens*）あるいは機械的な因果律（*das mechanischen Casualitätsgesetz*）」と呼び、後者を「心理的なもの、つまり目的（目的因 *causa finalis*）あるいは心理的な因果律（*das psychologischen Casualitätsgesetz*）」と呼ぶ²⁷⁾。彼は、「意志の運動は」物質の運動と同様に充足理由なしでは考えられないとする。つまり、意志が自発的に運動すると理解するのは、「自分の髪の毛をつかんで自分で沼地から引っ張り上げようとするミュンハウゼンの男爵のようなもの」であって、行為者が行為するのは石の落下と違って、「～だから」（*weil*）のゆえにではなくて、「～ために」（*um*）のゆえにであるとする²⁸⁾。原因なくして石の運動はあり得ず（機械的因果律）、同様に目的なくして意志の運動はありえないのであって（心理的因果律：これをイエーリングは目的律 *Zweckgesetz* とする）、目的律とは、目的なくして意欲（*Wollen*）なし、つまり、目的なくして行為なしということを意味するのである²⁹⁾。このようにイエーリングは自然界における因果関係の代わりに、心理的な人間の意志というのは心理的因果律に支配されるとする。したがって、リストのいう心理的な決定可能性というのはイエーリングの目的律を想定しているものであって、いわゆる「意志の自由」を意味してはいないと思われる³⁰⁾。ここで重要なのは、心理的に媒介された人間の決定可能性というより、目的律にしたがう意志がてこととして作用する目的を用いて因果の過程に影響を及ぼすことができるということである³¹⁾。その仕組みは以下のとおりである。

27) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.4.

28) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.3f.

29) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.4f.

30) ヴェルツェルは、リストが表象による人間の決定可能性を常に承認してきたのとしても、その決定が実証主義を特徴づけた物理的事象と同じような機械的構造をもっているとする（Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.23.）。

31) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.10. もっとも、人間の意志自由に関しては、イエーリング自身『法における目的』のなかで、意志は目的律に従うので、「意志こそ世界における真の創造力、すなわち、自己形成力（*aus sich selber gestaltende Kraft in der Welt*）である——この創造力はもともと神（*Gott*）に存するが、それと同じように、人間においても神をか

目的とは、意志が実現しようとする未来的なるものの観念である。目的律の証明は目的なくして意欲なしという命題の証明である。意欲、すなわち、意志形成の内的過程は、機械的因果律に従うのではない。その過程の動因は目的である。しかし、意志の実現、すなわち、感覚界における意志の出現は機械的因果律に従う³²⁾。意志の前段階である意志の形成は内的な段階であり、意志の後段階である意志の実現は外的段階である。意志の内的段階は、表象能力の作用とともに始まる。心に一つの観念が浮かぶということは、現在の状態より大きな満足を主体に約束する将来の可能的状態に関する表象 (Vorstellung) である。このような表象が主体に浮かぶ根拠は、一部は、主体の個性、性格、主義、人生観のなかにあり、一部は外的な影響のなかにある。犯罪者の心に悪事の考えが浮かぶということは、犯罪者自身の犯罪性が前提である。したがって、行為へと導く最初の衝動の可能性は主体に与えられた個性によって制約されているのであって、行為の究極的根拠は、個性に存する。一方で、外的影響はただ行為への刺激、つまり、誘因を与えるに過ぎない。外的な影響の承認は機械的因果律が意志形成に影響を及ぼし得るということを示しているが、それが心理的な因果律に直接な影響力をもつには心理的な動機に転化する必要がある。この外的な影響が心理的な動機に転化するかどうかは、主体のなかで、外的な影響に接した際の抵抗の多寡にかかっている。意志が実現しようとする

ゝたどってつくられている。このような力のはては目的である。目的のなかにこそ、人間が、人類が、歴史がひそんでいる」と述べていることに注意する必要がある (Jhering, a. a.O. (Anm.22), S.25.)。すなわち、自己形成力である意志が認識論上のア・プリオリであり、その寄り所が神であるということである。このことから明らかであるように、イエーリングにおいて客観的な真理・および価値の存在を認める余地がまったくないわけではない。なお、ハロウェルによると、イエーリングが社会的運動のてことして挙げた、「報酬、強制、義務感情、愛情」から、前の二つはエゴイズムに、後の二つは「普遍的な倫理的目的」に基づいているとしており、イエーリング自身これを信じたとする。ここから、ハロウェルは、イエーリングは「極端な功利主義と理想主義とを妥協させる」と評価する (J. H. ハロウェル著、石上良平訳、前掲書注(8)、125頁)。

32) Jhering, aa.O. (Anm.22), S.11.

る未来的なものの観念は、行為への勧誘を包含しており、表象能力と欲望能力とが意志に向かって提案する行為の構想である。この提案の採否は、その反対より賛成の動機が優越であるかどうかにかかっている³³⁾。意欲する者が行為から期待する満足こそ彼の意欲の目的である。行為自体は目的ではなくて、目的に至る手段であるにすぎないのであり、人々は行為においてただ目的だけを意欲する³⁴⁾。目的なくして行為を考えることはできない。行為するということと、ある目的のために行うということとは、同じ意味なのである。このようにして、イエーリングは、目的なき行為は、原因なき結果のように、考えられないとする³⁵⁾。

自然科学の探求対象としての人間を機械的因果律に支配される存在としてだけでなく、心理的な存在としても把握し、これに固有の目的律を付与することで、「自己形成力」を有する心理的誘因が現象界の因果の流れに介入できるとするメカニズムは、厳格な自然科学であれば認められないのであろうが、イエーリングにおいてはまだ理性主義の影響が残っているわけで、そのような問題意識はなかったと思われる。このようにして、目的が心理的因果律を経て現象界に影響を及ぼすことになるが、それはイエーリングにおいて所与のものからの心理的な決定可能性が認められるということである。リストも、たとえば、「かつて我々のなかのだれが動機、つまり諸表象による人間の決定可能性を否定したのか」といい³⁶⁾、そして、「動機が現れることで、その戦いが生ずるというのは逆に珍しい。たいいていの場合、ひとつの表象は、理念連合の法則に基づいて（kraft der Gesetze der Ideen-Verknüpfung）、最初の表象を支持するかあるいはそれと闘うほかの表象を呼び起こすのである。そうであるかそれとも、ひとつの表象は、欲求に新しい道を指し示すほかの表象を呼び起こすのである。……対照を

33) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.11ff.

34) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.13.

35) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.14.

36) A. u. v II. S.40.

なす諸現象に対する動機の勝利を、表象の価値及び反価値に関する我々の自我の主體的決断 (subjektive Entscheidung) として把握して、我々はこの勝利を決意 (Entschluß) と名付ける」とも言っており³⁷⁾、機械的自然主義の因果法則に代わる動機による決定可能性を認めているのである³⁸⁾。リストのこのような発言からは、イエーリングの心理的因果律、つまり目的律をそのまま連想することができる。このような仮説の立て方は、人間というものが自然の一部分であるにせよ、どうしても機械的因果律では説明しきれない相違があるということを認めているかのように思われる。したがって、ここで「思想」という言葉が大きな意味をもつことになる。

ともあれ、このようにして社会的事象への目的意識的な介入の仕組みは説明されたとしても³⁹⁾、そして、それが実証主義的なアプローチであるといえども演繹的思考過程をたどっているわけで、実証主義から考えられる因果的一元論というドグマとはずれがある。さらに、「目的」という概念をめぐって、思弁的な思索を拒否するリストにとってはそれを限定づける外部的・超越的な制限原理は設けられていないといえる。「目的」が内在的な制限原理をもたないとすれば、それには「恣意性」が入る余地があるということになって、便宜的に使われる恐れがあるといえる。したがって、心理的であれ、すでに「事象の決定可能性」についてだけ言及しているリストにおいては、目的設定の際に、内在的な制限原理は考慮されていないといえる。たとえば、法律主義との関係で、リストは「マグナ・カルタ定式」を唱え、それが国家刑罰権力の内在的制限原理として働いているかのように説明している。つまり、「刑法というのは法的に限界づけられ

37) Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2.Aufl., S.107f

38) Liszt, aa.O. S.137f. リストは倫理的な意志自由に心理的な意志自由を対置した後、前者は否定し、後者を認める。後者については、機械的自然主義の因果法則に代わる動機による決定可能性であるとする。なお、A. u. V. II. S. 218. も参照されたい。

39) リストは弱い人を支え不遜な人を屈服させることで社会の諸関係に介入できるとし、我々が目的に従い川の流れを作り、蒸気力を利用するのと同じように、我々が社会の諸関係を確定できそれでもって犯罪の動きを確定できるといっている (A. u. V. II. S.7f.)。

た刑罰権力」であるとか「刑法は刑事政策の越えることのできない柵」であるといつて⁴⁰⁾、その内在的制限原理を説明している。しかしながら、リストは、のちに検討するように、実証主義的国家観を有する人物であつて、彼のいう刑罰権力というのは、実力によって支えられている国家のそれであつて、その実力は支配勢力に由来する。したがつて、制限原理といつても恒常的ではなくて、その都度の支配勢力による「目的」によつて変わりうるものであるといえる。このような観点から、リストにおける「目的思想」が便宜的で反動的な側面を持っていると言わなければならない。では、彼の理論構成におけるもう一つの軸である「進化論的發展論」は、リストの理論においてどのような役割を果たしているのか。それがリストの「目的思想」を補完できる契機を持っているか否かが次の検討対象になる。

三 リストにおける進化論的發展論

リストの「刑法における目的思想」とイエーリングの考えはほぼ一致しているといえるのであつて⁴¹⁾、両者の間の「明白な相違はもっぱら出発点にあるだけである」⁴²⁾。つまり、リストが刑罰の原型として衝動行為を出発点とし、ダーウィンのモデルに従つて、自己保存ないし種の保存を決定的な衝動と見做す一方で、イエーリングは純衝動行為を否定するのであり、それでもつて自己保存ないし種の保存という理念もまた拒否している⁴³⁾。「自分の生の保存および主張」はイエーリングによつてただ正しい

40) A. u. V. II. S.60, 80.

41) A. u. V. I. S.136f.

42) Susanne Ehret, Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip, Frankfurt am Main. 1996. S.123.

43) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.29. イェーリングも全世界において強者が弱者の費用で生きていることを認めているので、ダーウィンモデルに基づいているのは確かである (Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.243.)。しかし、イエーリングが人間行動の独自の基礎として承認するのは、自己保存本能ではないのである (Ehret, a.a.O. (Anm.42), S.122)。

強制の「目的」としてだけ承認されるのである⁴⁴⁾。リストはこのような相違をイエーリングの言葉を引用して解消している。すなわち、衝動行為は経験の前にあり、経験が道徳や法の淵源であるので、これまた法と道徳の前にあることになる。したがって、原始的刑罰は経験以前のものであり、その客体化の形において初めて経験に基づくので、法的処罰としての刑罰は目的思想を採用するということである⁴⁵⁾。こうしてリストは、自分の見解とイエーリングの見解が互いに排除し合うものではないとする。

リストはイエーリングから取り入れた目的思想および発展思想⁴⁶⁾とダーウィンの進化論とを結び付け、自身の刑法上の綱領である「刑法における目的思想」を定式化する。リストはマルブルク綱領のなかで目的刑を展開する際、進化論的アプローチを用いる。それは言うまでもなく、ダーウィンの進化論を基本にしている。ダーウィンモデルが、リストにおいて人間的諸関係に応用されているのである。リストは、自己の議論に対して自らそれを「進化主義理論 (evolutionistische Theorie)」と名付けることができるとしたのである⁴⁷⁾。リストは進化論という仮説から出発しつつも、犯罪と刑罰との因果的な説明を用いており、方法論として実証主義的なアプローチをとっている⁴⁸⁾。進化論的アプローチは「自然必然的発

44) Jhering, aa.O. (Anm.22), S.243.

45) A. u. V. I. S.144.

46) リストの発展思考はメルケルの発展概念に基づいている (Jannis A.Georgakis, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts, Leipzig 1940, S.15.)。メルケルとの関連付けが明確に表れるのは, Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung, II. (ZStW.27 (1907), S.91, 92) においてである (Ehret, aa.O. (Anm.42), S.104, Anm.161.)。なお, リストの発展論は, その影響を, イェーリングの自然主義的发展論から受けているとするものとして, Cornelia Bohnert (Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, Pfaffenweiler 1992, S.16.) がある。とはいえ, メルケルもリストもイェーリングから理論的影響を受けているので, リストの発展論をこの二人のだれかに認める必要はないと思う。

47) A. u. V. I. S.133f.

48) リストは, 犯罪と刑罰の因果的関係の説明を刑法学の第二番目の学問的課題であると し, これを刑事政策よりも高くランクづけている (A. u. V. II. S.289.)。

展」と「淘汰」というメカニズムを基本に据えている。自然必然的發展という想定からは、「存在しているもの」と「生成的なもの」とは「存在当為的」なものとして、そのまま正当化される。存在当為的な思考からみれば、ある状況が「矛盾」に満ちていても、それは發展のための過程にすぎないとされる。ただ、淘汰のメカニズムによって「適応」しないものが除去されるだけである。この「淘汰」というメカニズムは發展のメカニズムを完成するものでもある。リストにおける「淘汰」とは、「自然淘汰」が人間的諸関係に應用されたものであり、それは「不適者」を「人為的淘汰」を通じて絶滅させるメカニズムである。不適者は人間社会において、「自然」に淘汰されてしまう場合もあるが、自然必然的發展の過程をたどる人間も發展・進化という「目的」をもって、人自らが「不適者」に対して「人為的な淘汰」のメカニズムを発動してもよいと解されることになる。つまり、「外界に対して自己の因果関係を保持する能力である意志」⁴⁹⁾によって、合目的的に「人為的な淘汰」が起こりうるのである。リストはそれをのちに検討する「常習犯の無害化」という形で明らかにしている。

なお、このようなダーウィンモデルは社会を生物学的有機体としてみている。したがってそこでは、生物学的有機体にとって病気というものが生きていくうえで現れる生命現象の一つの発現形態に過ぎないのと同様に、社会にとっても犯罪という現象は避けられ得ない宿命的なものである、という理解が可能である。このような観点からは、發展・進歩というのは機械的なものとしても考えられるので、人為的な努力は無駄にとらえられ、「改良・改善」というのは幻想的なものになってしまう⁵⁰⁾。リストが犯罪の社会的原因を述べる際に、科学的実証主義の立場からその究明に努めるも、結局のところ科学性を欠くことになる。その原因の一つとして、上記のような生物学的有機体という前提をあげることができるのではないだろ

49) Jhring, a.a.O. (Anm.22), S.22f.

50) ハロウエル, 前掲書注(9), 122頁。

うか。というのも、彼は犯罪の社会的な諸原因の中でも経済的要素の重要性を指摘したにもかかわらず、それについての具体的な考察をまったく行うことなく放置しているからである。その背景には、刑事政策を含む社会政策をどれほど施しても社会的な負の側面は解消できないという考え方が流れているように思われる。リストにとって進化的発展論は、結局、犯罪という事象に人為的に介入することを正当化するための理論構想になっているに過ぎず、「実証主義」的アプローチをとりながらもその非科学性を露呈してしまうリスト理論の帰結は、後述のように、彼がありのままの事実を帰納するのではなく、階級的利益という一定の方向性を暗黙のうちに取り込んで理論構成をしていることから生ずるものである。

リストは、刑罰は当初は「合目的的」であるが「目的意識的」ではなく、盲目的衝動行為であり、それは直接的には自己保存に、間接的には種族保存に役立つとし⁵¹⁾、したがって、刑罰は最初から社会的侵害に対する反応として「社会的性格」を担ったものであるとする。そして刑罰は個人及び集団全体の生活条件を外部的な侵害に対して保護することによって、「本能的に合目的的」なものになるとする。つまり、「刑罰は衝動行為として、本能的——合目的的な行為である。個人の生活条件だけでなく、既存の個人集団の生活条件も、刑罰によって外的妨害から保護されている——たとえば、あの生活条件もこの妨害も、そして最後に刑罰の保護力というものも、認識され把握されていないとしても、である」、と⁵²⁾。しかしこのような認識は当事者を含まない、偏見を持たずに判断する機関の側による、一時的激情に駆られることのない観察を通じてのみ可能であり、刑罰が国家へ完全に移行してはじめて、衝動行為から目的行為への決定的な歩みが踏み出されるとされる⁵³⁾。ここにおいても進化の思想は明らかである。ところで、衝動行為が意識的な目的行為になるとするのは質的変

51) A. u. V. I. S.145ff.

52) A. u. V. I. S.146.

53) A. u. V. I. S.146f.

化を意味する。それはいかにして可能となるのか。

リストは「目につかないほどに小さな量的差異の総計が、次第に目に見える質的差異を導きうる」として⁵⁴⁾、衝動的行為が意志的な行為に変わる仕組みを説明している。しかし、その際、どのようにして衝動的行為が意志的な行為に変わるのか。ヴェルツェルによれば、それについての答えは、スペンサーその他の進化主義者においてみいだされるものと同様であるとする。つまり、「進化主義理論によれば、意志行為の目的意識性とは内部的諸条件の外部的諸条件への適応という問題で、生命の低次の合目的的な反応形式のいっそう高い段階に他ならないのである。……合目的性及び目的意識性は、質的ではなく量的に異なっただけの機械的・因果的なものの、単に好運な特殊の場合である」とし⁵⁵⁾、リストの説明はスペンサーと同じであるとするのである。しかし、リストがここで「存在の弁証法的構造は量から質への変化の法則」であるとする弁証法的唯物論を取っており、機械論的唯物論をとっていないことは明らかである。弁証法的唯物論の思考形態はリストの進化的発展論において決定的なものであり、したがって、この限りで、リストはヴェルツェルの意味での実証主義者とはいえないのではないかと考えられる。実証主義のアプローチにおいて、リストは因果的決定論を唱えていても、完全な機械的因果論からは距離を置いていることがわかる。弁証法的唯物論というのも、本質的に経験によって証明することができないのであり、実証主義の方法論である帰納により集められた材料が理論理性により論理的に証明され一般化された概念からの演繹でもない⁵⁶⁾。弁証法を用い、しかも認識論上のア・プリオリを公理として使っているということは、思弁的な思索を拒否しているリストにとって、自分の理論構成において不可欠であると思われる。つまり、制限

54) A. u. V. I. S.151f.

55) Hans Welzel, aa.O. (Anm.13), S.34.

56) リストの進化論は当時なおよく知られた歴史形而上学上の発展思考を近代的で非思弁的な表現に変えたと評価されることもある（Monika Frommel, aa.O. (Anm.17), S.43）。

のない「目的」という思想だけでは恣意的な結論を導きかねない側面があり、しかも形而上学的・思弁的思考を拒否するリストの理論構成にとっては、内在的制限原理は設けられていないのである。そのような不都合を解消するためには、理論的正当性を付与する必要がある。それ故に、ア・プリオリな「進歩・発展」という概念が必要となるのである。そうすることで、因果の流れに介入することが自然必然的であり、かつ正当なこととして確定できるのである。

リストは進化論的發展論を社会にも明確に適用している。その発展のメカニズムもまた「淘汰」である。リストは、淘汰の原理を社会発展に明示的に適用し、社会は全く適合しない要素を排除するとする。たとえば、「役に立たないものはどのような救いもなく没落し、一世代ないしは二世代ののちには、成長能力が尽き果ててしまうようになる」とするのがその例として挙げられ得る⁵⁷⁾。そして、リストは社会生活の持つ発展の流れをも見据えている。その発展に対して、「我々人間の目的設定に関して、我々に残されているものといえ、人間の恣意とかかわりのない発展過程を阻むかあるいは促進するかということだけである」とする⁵⁸⁾。このような発展過程のもとで、政治家も一定の使命を果たすことになる。すなわち、「与えられた時代において社会生活を支配している巨大な発展の諸潮流に立ち向かう」ことはできないが、「政治家は、その流れが静かな川床に導かれるようにと配慮することはできる」ので、「彼が考えなければならぬのは、押しとどめることのできない動きが、緩やかに、そして規則正しく進行し、あまり大きな衝撃もなく、また背後に押しやられた社会集団をできる限り保護して進行するような、そういう手段・方法についてである」⁵⁹⁾。これが政治家の使命であり、それは、彼が自分の眼前に存在す

57) A. u. V. II, S.446.

58) ZStW.26. S.556. この発言からも目的意識的に事象に介入できる余地は残っている。

59) A. u. V. II, S.446f. しかし、ここで注意しなければならないのは、まったく何もできないことを言っているわけではないということである。現象界において、すでに事象が始まっていれば、因果の過程をたどるであろうが、もう一つの因果律である心理的因果律を通

る動きの方向を指図することはできないが、それを規制することはできるということの意味する。そして、発展過程というのは、「自然必然的な発展」の過程でもある。発展の持つ意味とは、より高い価値を有するということであり、かつ、今存在しているものが当為的であるのと同様に來たるべきものもまた当為的であるということである。リストは、「我々は、存在しているものを歴史的に生成的なものとして規定し、そうすることによって、我々は、存在当為的なものを認識し、この限りにおいて、生成的なものと存在当為的なものは同一概念であり、ただ認識された発展傾向だけが存在当為的なものの解明を我々に与えてくれる」⁶⁰⁾としている。これは自然必然的な発展を意味しており、このような発展論をリストは一生維持したのである⁶¹⁾。リストがマールブルク綱領から25年以上経っても、目的刑がさらにその後の刑罰の発展類型であり、したがって、より「高次の刑罰の発展類型」であるという理由から保護刑を支持するとはっきりと主張していることからわかるように⁶²⁾、これらすべてが、進化論的実証主義に基づく態度表明であるということはいうまでもない。

ちなみに、この存在と当為に関する議論は⁶³⁾、ラートブルフが存在からはいかなる当為も導くことはできないのであり、実定法の考察からも正法は出てこないとしたことに対して答えるものである⁶⁴⁾。存在と当為に関する議論は、その後、カントロビッチらとリストの間で交わされるが、一方では存在と当為の「論理的な関係」を、他方では「事實的發生論的關係」を中心に論じたので、一致点を見つけることはできなかったのだ

ゝして、機械的因果律の支配する現象界に入ることを想定しているのがリストであり、絶対に固定的で変化の余地のないことを意味しない。ただ、介入を許さないほどの巨大な発展の潮流には逆らうことができないだろう。

60) Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung, in: ZStW.26. S.556f. このような発言は進化論的実証主義におなじみのものであろう (Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.31.)。

61) Gustav Radbruch, a.a.O. (Anm.24), S.219.

62) ZStW.26. S.557f.; ZStW.27. S.95f.

63) ZStW 26. 1906. S.553ff., ZStW 27. 1907. S.91ff.

64) 木村, 前掲書注(15), 332頁。

る⁶⁵⁾。リストに対するこのような批判は、実証主義者によくありがちな問題を指摘するものであるといえる。「歴史的生成の飛躍なき漸進性ということは歴史学的認識の先験的前提である」が⁶⁶⁾、実証主義者はそのような前提について考察することなしに、それを公理として使うことが多々あるもので、「経験的には証明することのできない諸前提を仮定していることを指摘されても、実証主義はこのことを否定し、あたかもそうではないかのように行動する」のである⁶⁷⁾。したがって、このような観点から、因果的決定論であるリストが事物の究極的な因子に関して明確に論究できたといえない。リストの用いた「目的」および「進化的発展」という考えは、その不明確性のゆえに、リストの理論体系を揺るがす原因にもなっている。

上記の進化論的發展論が人間社会に適用される場合にどのような姿で現れるのかは、すでにみたとおりである。それはマルブルク綱領の刑事政策である予防、とりわけ応報に代わる特別予防の思想からもうかがうことができる。すなわち、何故特別予防なのかという問いについての明確な答えは、これまで見てきたとおりに、刑罰が不可欠な衝動だからであり特別予防はこのような衝動の「最も合目的的な、人類発展に最も相応しい形

65) 木村、前掲書注(15)、333頁。

66) 田中耕太郎訳、前掲書注(14)、129頁。

67) ハロウェル、前掲書注(9)、129頁以下。このような傾向は、おそらく実証主義の方向を代表する人物であるコントの設定した知識の三つの状態の発展的構造から理解できるかもしれない。つまり、コントは「第1の神学的状態」から、神という人格的存在者の代わりに力という抽象的な実在を考え、これによって現象を説明しようとする「第2の形而上学的状態」を経て「第3の状態である実証的状态」に達するとしているので、「実証的状态」は「形而上学的な状態」から完全に無関係なものでもなければ、完全に離れているものでもないという解釈もできよう。実証主義的立場を堅持するひとであっても、実証主義的アプローチを用いる際に、「形而上学」的思考形態から完全に脱却していなくても、自らそれを奇妙であるとは思わないかもしれない。というのも、社会的事象に関する考察において、実証主義的アプローチが、スペンサーのような機械的実証主義だけを指しているのではないからであろう。

態」だからである⁶⁸⁾。マールブルク綱領において、その進化主義理論がリストにとって最大の意義をもつのは、彼の刑事政策上の立場と刑罰目的論を進化論の上に基礎づけることができたという点においてであろう。しかし、このような進化論的發展論を、全体の発展という観点からみた場合に、どのような結論に達するのかに注意しなければならない。つまり、リストが「動物および植物は死滅し、世界国家は破壊されてしまったが、しかし、発展はなおいっそう先へと進み、より完全な有機体を創造し、いっそう分化をとげ、いっそう生命力の旺盛な社会を作り出した」⁶⁹⁾と述べていることから、二つの見方が認められうるということである。まず、彼が全体の発展を非常に楽観的な姿勢で眺めつつ、より複雑化したもの、より生命力の旺盛なものをより進化したものとして把握しているということである。このような論理からは、今日の国家が以前の国家よりも生命力の旺盛であると考えることができるのである⁷⁰⁾。そこでは、だれがより生命力の旺盛なものであるかが重要である。「純粹生物学的な生活においては、それは、より活力のある者、より力のあるものであるが、自由主義国家という資本主義的産業社会にあつては、より器用なもの、より狡猾なものであり、経済上の競争では、より活力ある者は、より狡猾なものに屈服するが、その活力に基づいて狡猾なものに反抗するような活力のある者は、刑事司法という淘汰の過程に陥る結果」⁷¹⁾になってしまうのである。なお、そのような淘汰のメカニズムによる発展という考えからは、社会全体、国家にとって、一見して後退しているかのように見える事象であっても、それは後退ではなく全体の発展にとって前より生命力の旺盛なものであり、進化・進歩への一過程であるに過ぎないのである。次に、このような見方からは、いかなる社会形態であっても、現にあるものは正当化され

68) Wolfgang Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, in: Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S.224.

69) ZStW.27, S.94f.

70) Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.32.

71) Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.33.

るのであり、来るべき社会がどのような形態をとっていても、「目的意識的」な淘汰と進化のメカニズムが作用して正当化されることになる。もっともリストの考えからは「支配階級及びこれに類似したもの」⁷²⁾が非常に重要な意味をもっている。これについては後ほど検討することにする。

以上に見てきた通り、リストは反思弁的な思想潮流を吸収し、自らの学問的基礎を作り上げている。彼は基本的には実証主義的傾向に立っており、実証主義の有する因果的一元論という基本ドグマに従っている。その一方で、彼はア・プリオリな概念も認め自分の理論を組み立てた。そのようにしてリストは、心理的な因果律によって生成した目的意識的な意志が機械的な因果律の支配する現象界に介入できる理論的な仕組みを作り上げ、しかも楽観的な発展思想をもとに積極的に社会的現象に取り組むことができるようにした。とはいえ、リストはみずから、目的思想および進化論の発展論において、行き過ぎを防ぐような制限原理を設けておらず、したがって、場合によっては「反動的な事態」も起こりうるのである⁷³⁾。

72) ここでいう支配階級には具体的にどのような階層が入るか。リスト関連文献を見る限り、それを具体的に観念できるような資料は見当たらないようである。確かに、文脈上産業ブルジョアジーを指しているかのようにも考えられるが、リストのいう支配階級という言葉は、政府の介入も必要であるとする社会自由主義の意味合いで理解する必要がある。リストは、後に自分の刑事政策を、経済的および政策的思考の個人領域上の転用であると名づけたが (Mitt.d.IKV, XIX, 1912, S.376f), ラートブルフはこれを、リストが古典的国家経済の古いリベラリズムが社会政策の要求にその席を譲った発展であると認識しており、リストは自分の理論を法治国家から行政国家への大きな変化に調和させたと評価する (Radbruch, aa.O. (Anm.24), S.223)。そして、この支配階級とは、のちに述べるように、教養階層をも指しているのであり、そのような意味でリストも「支配階級」に属するといえる (本稿の注172を参照されたい)。

73) リストは、いわゆる「マグナ・カルタ定式」をマールブルク綱領が公表されてから、だいぶ時間が経ってから公にする (藤尾彰「リストの刑法思想の現代的意味」『新潟大学法経論集』14巻4号 (1967年) 131頁 (注1))。不思議に思われるのは、リストが自分の学問的活動の最初の18年を自分の論文および講演において刑罰法定性に全く注意を払わなかったのに、10年以上の歳月がたったあとにそれを扱ったということである (Ehret, a.a.O. (Anm.42), S.84)。

その典型的な例として、リストの常習犯に対する取り扱い方が挙げられる。というのも、そこにおいて、リストは犯罪の原因を探るべく科学的・実証主義的アプローチを試みるも、究極的にはその科学性の達成には至らなかったものであり、しかもそれが発展のための人為的淘汰というよりも、階級的イデオロギーに左右された「排除」とどまっているからである。これは彼の実証主義的国家観に左右された結果であるといえることであって、これについて考察することが、リストの学問観を理解ために必要である。それについて、章を改め検討することにする。

第二章 実証主義的アプローチ、その科学性

この章においては、フランツ・フォン・リストの学問的基本概念である、「目的」および「進化論的發展」が実証主義的アプローチとどのような関係性をもっているのかを見ていくことにする。その際、犯罪を社会的現象として把握し犯罪現象を実証的で科学的に把握しようとしたリストが、その実証主義的なアプローチにおいて実際に科学性を得たのかどうかということに主眼を置く。というのも、仮にリストが犯罪の原因を科学的に分析できたのであれば、それに対する科学的な対応ができるのであって、つまり「目的」および「進化論的發展」の有する反動的な傾向がまさに「発展」という「目的」でもって「正しい軌道」に乗る契機が成立することになり、その場合にはリスト理論の有効性が認められ得ると考えるからである⁷⁴⁾。

一 科学的実証主義——犯罪の社会的原因

リストは、犯罪をひとつの社会現象として実証的に考察することを提案した。それは犯罪の原因を科学的に考察することでその原因を明らかにし、効果的に犯罪に対応するためである。そのために、リストは犯罪の原

74) なお、以下の考察は、藤尾氏の前掲注(73)の論文から多くの示唆を受けている。

因を社会的要因と生物学的要因とに分け、犯罪現象に対して科学的な考察を試みている。リストは、その中でも特に、犯罪が社会病理的現象であるということで、その社会的原因が個人的原因よりもはるかに重要であるとする⁷⁵⁾。すなわち、犯罪というのは「行為者だけでなく行為者を生んだものをも規定する社会的諸関係」に基づくから、行為者の生来的特性も、生物学的特性も社会的諸関係に還元できるとするのである⁷⁶⁾。このように、リストは犯罪の社会的原因を非常に重要視するが、後ほど検討するように、それにもかかわらず、常習犯に対してはその犯罪の社会的原因を考察することは解消されてしまうのである。後述のように、当時、リストのいう「支配階級およびこれに類似したもの」の立場から見た場合に、常習犯は社会の不安要素を孕んでいると見なされた階級としてのプロレタリアートに属するものであり、淘汰の対象であったのである。犯罪の原因に関し、リストが「今日、だれが社会の共同責任を否定する勇気をもっているのか」⁷⁷⁾と述べるほどに犯罪の社会的原因を強調したのにもかかわらず、その一方で社会的贖罪のための犠牲者として常習犯人を扱うという形をとっているため、犯罪の社会的原因に対して実際には目を閉ざす結果になる。リストのそのような姿勢によれば、彼が犯罪の原因を究明しようとしたことの意義が失われるだけでなく、リスト自身が標榜していたところの実証主義的アプローチをも彼自らが否定することになるのである。では、犯罪現象を科学的に把握しようとした当初の考えとは裏腹に、その科学性を彼が放棄した背景にはどのような理由があり、そこに何が含意されているのか。

リストは、犯罪の根源が社会的諸環境にあり、社会の構成すべてが犯罪

75) リストは「社会病理学的現象としての犯罪」のなかで結論付けるに、帝国創設以来、その発展過程において生じた多くの葛藤によって、犯罪の急激な増加という結果が必然的にもたらされたに違いないとする (A. u. V. II, S.244f)。これを見る限り、リストが当時の犯罪の社会的原因について、その本質を明確に洞察していることが分かる。

76) A. u. V. II, S.65. Anm.,; S.83.

77) A. u. V. II, S.66.

に一定程度加わっていること、そしてこのような諸環境に相応して犯罪のあり方を表す曲線が変化するということを指摘して、犯罪の社会的原因の重要性を喚起したベルギーの天文学者であるケトレをたたえた⁷⁸⁾。リストは、犯罪性の社会的諸要素、特に経済的諸要素の重要性を否定することは出来ないとし、たとえば「社会的諸要素の重要性は、一世代に制限されるわけではなく、もっと多い世代に及ぶ。父と母を屈服させた貧困、父をアルコール中毒に母を売春に駆り立てた貧困は、そのような不利な環境の下で成長し、より強度になった社会的諸要素の支配下に立たされた子供の弱まった生活力に現れる」とする⁷⁹⁾。このような発言から、犯罪を社会的現象として把握し、それを科学的・実証的に検証しようとした科学的実証主義者としてのリストの姿を窺えることができる。リストが犯罪の根本的な原因を見極めようとするのは、究極的に犯罪を克服しようとする目的があって、そのために犯罪の原因に対する実証主義的アプローチを用いたはずであろう。したがって、我々は、リストが犯罪性に大きな影響を及ぼしている経済的諸要素に注目したということから、彼が単に目に見える諸要素を列挙するにとどまらず、それらの徹底的な分析を通じて犯罪の究極的な原因を見極めることを期待するのである。しかしながら、リストは19世紀末ごろの犯罪激増の社会的諸原因として、経済不況、大衆の貧困、住宅

78) とはいえ、リストがケトレのすべてを高く評価したわけではない。リストは、ケトレが犯罪の原因を説明する際に、はっきりと認識していない欠点をもっているとし、彼の統計学が示す平均的な人間について疑問を呈するのである。つまり、リストはケトレが個人の重要性を見逃しており、「個々人ではなく統計的・平均的な人間だけ」を知っていると、そのような人間は「豊富な犯罪統計のなかに存在するだけであり、我々がつかみうる何かでもなく、従って、いかなる計画も我々の刑事政策でありえない」という。そして、リストは、ケトレが「変更できない法則」を信じていることをも批判して、社会的諸関係は変更できない法則によって予定されており、そのような法則に立ち向かうのは、「あたかも星の動きを阻止しようとするのと同じである。したがって、永遠に変更できない自然法則に介入しようとするのは無駄である」とするケトレの見解は自分のとるところではないと、はっきり言っている（A. u. V. II. S.7.）。

79) A. u. V. II. S.5f.

事象の不良, 売春, アルコール中毒などをあげてはいるものの⁸⁰⁾, このような諸現象を単に列挙しただけであって, それらが資本制社会に内在する矛盾を如実に反映したものであること, 「とくに社会的富の一方の極へ集積・集中の過程の当然の結果」⁸¹⁾ であることへの言及を敢えて回避したのである。というのも, 前述のように, リストは犯罪の社会的原因のなかでも経済的諸要素の重要性を指摘したにもかかわらず, 犯罪の社会的原因について実際に踏み込んだ検討を行うには至っていないからである——だがそのことは, 「生物学的有機体に寄生する病因」という, 犯罪の社会的原因に関する彼の認識からすれば当然の結果であろう。リストはのちに犯罪の社会的原因に関する考察において, 自らに科学的方法が欠けていることを認める⁸²⁾。その後, リストは, 「病気というは有機体が生きていくうえで縁遠いものではなくて, 生きる上でのもう一つの発現形態に過ぎず, 有機体の通常の機能の向上あるいは低下のように, 通常の動きから少しずれているだけである」⁸³⁾ とするヴィルヒョーの発言にならい, 社会を生物学的有機体として把握する。このように, 社会を生物学的有機体としてとらえると, 犯罪という現象は社会の有する矛盾のあらわれとして把握されず, 「この時期にまさに激しい階級分化の必然的結果ともいえる犯罪の増加はむしろ正当化」されるのであり⁸⁴⁾, 「文化の高揚に随伴する必然的な現象として, 変更することが可能であるとしても変更することを欲しない社会的犯罪原因が存在する」⁸⁵⁾ のも当然であるということになる。

80) A. u. V. I. S.312.; A.u.v. II, S.5.

81) 藤尾, 前掲書注(73), 100頁。

82) リストは, 「犯罪の社会的諸要素に関しては, 今日もお常套文句しか知らない」のであり, 「提起されている諸問題に関する回答を探して見つけ出しうる科学的方法を我々は欠けている」としている (A. u. V. II, S.418f.)。彼はこの時点で犯罪の社会的原因に関する科学的な考察をほぼあきらめ, 刑事政策にもっと注意を払っているように見受けられる。なお, 藤尾, 前掲書注(73), 100頁も参照されたい。

83) A. u. V. II, S.441.

84) 藤尾, 前掲書注(73), 101頁。

85) A. u. V. II, S.244.

リストは、犯罪の社会的原因を考察する際、これを生物学上の有機体の細胞のように「社会的細胞（gesellschaftliche Zelle）」⁸⁶⁾に還元して考え、犯罪の法則を研究することを要求する。ここでいう社会的細胞とは、リストによると、「その利益共通性によって相互に結びついている個人の集団によって構成される」のであり、これには人種、国民集団、宗教集団、経済集団などが入る⁸⁷⁾。そのなかでリストがとくに詳論したのは、いわゆる階級としてのプロレタリアートであり、その際、彼らの犯罪性に注目する。しかし、リストがここで、彼らを犯罪の温床として規定はするものの、その論理的な根拠がないに等しいことにも注目すべきである。リストはただ単に急激な産業発展の結果として生み出された「大都市のプロレタリア階級の巨大な膨張」と「寄生的住民層」の増加が「犯罪のプロレタリア化」をもたらしたとするだけである⁸⁸⁾。リストは「マールブルク綱領」の中ですでにプロレタリア階級について述べている。すなわち、「常習犯に対しする戦いは、それについての正確な認識を必要とする。しかし、今日、我々にはそれが欠けている」とし、「物乞い、浮浪者、売春にかかわる男女、アルコール中毒者、詐欺師、最も広い意味での花柳界の人、精神的・身体的墮落者、これらすべてが社会秩序の原則的敵対的な勢力を形成するのであり、常習犯はその総本部のようなものである」としつつ、一連の社会的病理現象のなかの一部分である、通常プロレタリアートと総称されている階級がもっとも重大かつ危険な犯罪の要素であるとしているのである⁸⁹⁾。ここでは、犯罪の諸原因が列挙されてはいるが、犯罪の社会的原因を作り出した当時の産業資本主義社会の矛盾との関わりは考慮されることなく、もっぱら階級としてのプロレタリアートが犯罪のもっとも重大かつ危険な要素であると語られているのである。このような彼のアプロー

86) A. u. V. II. S.442.; Hans Welzel, aa.O. (Anm.13), S.30.; 藤尾, 前掲書注(73), 101頁。

87) A. u. V. II. S.442f.

88) A. u. V. II. S.444.

89) A. u. v I, S.167.

チからは、犯罪の社会的原因を科学的に把握しようとする姿勢を見いだし
難いのである。そして、リストは犯罪の社会的原因を、「犯罪の社会的原
因は疾病が有機体の一つの現象形式であるのと同様に」⁹⁰⁾、生物学的なア
プローチを通じて探究しようとするが、それゆえにかえって犯罪を「文
化高揚の必然的な随伴現象」と解することになり、社会の矛盾の結果とし
て生み出された矛盾を彼がそのまま正当化する結果となったのである。こ
れらの諸現象が資本制社会に内在する矛盾の具体的なあらわれであり、と
くに社会的な富の一極集中過程に付随する当然の帰結であるという事実
に、リストは目を背けていたと言わざるを得ない⁹¹⁾。以上のように、リ
ストは社会の矛盾を生み出した国家的・経済的矛盾については、その事態
を直視するどころかむしろ正当化しようとする。そして彼は、犯罪の温床
とされる対象を指摘し、そこから必然的に生まれる常習犯に対しては、進
化論に基づく「人為的淘汰」というメカニズムでもって対応しようとした
のである。

そのことが、社会の秩序・国家の秩序を脅かす犯罪現象について無力で
あるとリストが批判した、自由主義的刑法原理に基づく当時の現行刑法を
「改革」する意図によるものであったということは、周知の通りである。
彼にとって刑法は無力であり、これまた進化のために「淘汰」すべき対象
なのである。刑法のそのような無力さについて、リストはその原因を、「19
世紀後半の大きな政治的変化」、そして「ほかでもない犯罪の大半を占める
グループ[プロレタリアート——筆者]における宗教的・道徳的な阻止観念
の動揺(die Erschütterung der religiösen und sittlichen Hemmungsvorstellungen)」
や「広範囲の国民に放縱な政治的激情(die ungezügelter politische Leidenschaft)
をよびさました普通選挙法の採用」などに求めている⁹²⁾。このことは、

90) 宮内 裕「現代刑法における行為責任主義の原則」、橋本公巨＝和田英夫編『現代法と国
家（岩波講座現代法；2）』（1965年、岩波書店）、152頁。

91) 宮内、前掲書注(90)、152頁。

92) A. u. V. II, S.242f.

現実に対するリストの理解であり、彼の政治的な保守性を明確に示しているといえるのであって⁹³⁾、そういったリストの政治的な保守性が、彼の犯罪原因論を非科学的で反動的な結論へと導いた主たる原因であると考えられる。リストの犯罪の社会的要因論は、藤尾氏の言うように、「リストの最大の誤謬は、生物学的アプローチに基づく「有機体的社会観」によって、犯罪の自然必然的性格、したがって、その永遠性、宿命性を基礎づけ、その結果、犯罪に対する社会の責任を一方できわめて情熱的に強調するにもかかわらず、まさにかれの現に生活している具体的な社会のなかに、その原因をどこまでも徹底的に追及する姿勢を放棄し、犯罪の社会的要因として問題になるのは、なんらかの社会、有機体としての社会一般ではなく、まさにその資本主義的経済法則によって必然的にさまざまな腐敗・墮落現象を産みだし、……実質的な意味における「犯罪」を生産するところの資本制社会そのものになんら手をふれることなく、結局、この社会の責任を、事実上解除している点に」あるといえるのであって、「ここに、その理論の志向における科学性にもかかわらず、内容における非科学性」が明らかになるのである⁹⁴⁾。なお、刑事政策というのは、社会的諸関係への作用ではなくて、個人への作用であり、真の社会政策を担うわけではないにしても、犯罪の要因、とくにその社会的要因を離れては考えられない。したがって、リストが問題の要因を認知しながらもあえて取り上げないとすれば、それは問題の本質を歪曲しようとする意図があるといわなければならない、そのような意図に依拠した刑事政策は一定の目的に供する手段にすぎないのである。リストが犯罪の社会的要因をあえて無視したのは、刑事政策的な必要性というよりも、彼の政治的意思表明といえる。それは、政治的な傾向を生涯維持してきたリストにとって⁹⁵⁾、それほど違和感はなかったかもしれない。リストの理論に学問的要素と政治的関心

93) 藤尾、前掲書注(73)、102頁。

94) 藤尾、前掲書注(73)、103頁。

95) Radbruch, a.a.O. (Anm.24), S.211. Anm.8.

が混在しているのは明らかで、専門分野としての学問の役割ははたされていないのである。犯罪の社会的原因に関する彼の考えを見た限りでは、刑法（学）の学問としてのあるべき姿はほぼ消えていると言わざるを得ない——とりわけ、刑法（学）の制限学としての役割に関する考察。犯罪を単に法的に考察するのみでなく、それを社会現象として実証的に考察しようとしたことはリストの功績として認めるべきであろう。しかしながら、彼の考察から導き出された結論においては、本節で検討してきたように負の側面が大きく、犯罪の社会的原因に関するリストの実証主義的アプローチは失敗に終わったといわざるを得ない。

二 科学的実証主義——犯罪の個人的要因

リストは、行為者の生来的特性さえも社会的諸関係に還元できるとし、犯罪の社会的原因が個人的原因よりもはるかに重要であるとした。しかし、その一方で、処罰の対象とすべきは犯罪ではなくて、犯罪人であるとし⁹⁶⁾、犯罪の個人的な要素をも重要視したのである。リストが個人的ないし生物学的要素として理解したのは、生物学的に条件づけられた行為者の心理的な特質であった⁹⁷⁾。つまり、犯罪の個人的な（生物学的）原因には先天的な特性だけでなく、後天的な特性も含まれるのであり、したがって真正の生物学的原因だけでなく、「心理学的動機付けも含まれる」ということである⁹⁸⁾。このようにして、リストは法秩序に対する行為者の態度の決定的基準を、行われた犯罪の違法な行為自体およびその客観的な重さではなくて、行為者の心理的な特質に根ざす行為の個人的な動機に求めようとしたのである⁹⁹⁾。このような態度は、リスト自身の責任能力に関

96) A. u. V. II, S.170.

97) A. u. V. II, S.171.

98) A. u. V. II, S.232. なお、リストは社会の環境と犯罪の素質との関係性を示し、環境によって犯罪性はコントロール可能であるといっている (A. u. V. II, S.14.)。

99) A. u. V. II, S.16.

する議論においてより明確にあらわれる¹⁰⁰⁾。リストのいう責任能力とは「動機による正常な決定可能性」であるが¹⁰¹⁾、この概念を明らかにするためには、「動機」と「正常」とがどのような意味合いをもっているのかを規定する必要がある。リスト自身、普遍的な観念である「宗教、法、倫理、賢明さ（Klugheit）」などを動機として挙げているが¹⁰²⁾、そもそもリストは事象に対する非形而上学的・実証主義的な考察を自身の学問の出発点としており、実際、「……現今の社会が統一的価値判断にふさわしい組織的統一体であると、真剣に考える人があるのか。きわめて鋭い対立によって分裂した今日、このような想定ほどばかげたものはない」とも述べている¹⁰³⁾。こうして普遍的な観念の存在は否定されている。したがって、普遍的な観念とは何を意味するのかが疑問になる。そして、「正常」という言葉についてもヴェルツェルの言うように、「すべての心的事象（alles seelische Geschehen）」が因果的諸要素の必然的な産物であるとすれば、いわゆる責任無能力者も因果の流れの「正常な結果」であり、精神的健康なものと責任無能力者との区別が何を基準になされるのかも当然問題となる¹⁰⁴⁾。

しかしながら、このような疑問は、リストが責任能力および責任の問題について述べた発言をふまえると解消される。すなわち、リストは「動機による正常な決定の可能性を責任能力の本質と見なし、……動機に対して正常な仕方で反応する者が責任能力を有する」とする¹⁰⁵⁾。そして、リストは、正常性について、「我々は我々の意識から他人のそれを推し量るだ

100) 藤尾、前掲書注(73), 104頁。なお、リストの責任論についての最近の研究として、小坂亮「リストの責任論——錯誤論におけるリストの動機説の意義をめぐって——(1)(2)(3・完)」(『早稲田大学大学院研究論集』第115号(2005年), 第116号(2005年), 第117号(2007年))。

101) A. u. V. II, S.43.

102) A. u. V. II, S.219.

103) Liszt, Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, in: ZStW.18, S.255f.

104) Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.27.

105) A. u. V. II, S.43f.

けであり、我々の対応の仕方から他人のそれを予測できるにすぎないので、他人の我々との類似性とは、我々の経験から抽象された類型との他人の一致であり、これが帰責の前提条件なのである」とする¹⁰⁶⁾。したがって、この「我々」が「動機による正常な決定可能性」の内容を決めることになるのである。では、ここにいう「我々」は誰のことであろうか。リストはこれについて明確に「基準となる価値判断——それは支配階級の価値判断である。……我々支配階級が、今日だれが処罰されるべきであり、また処罰されるべきではないかを決定する。我々のこの価値判断が、下層に属する広範な国民の価値判断から外れているということは全く問題外のことで、今日、精神病者に科刑能力がないと説明するのは、ほかでもなく我々なのである」と説明している¹⁰⁷⁾。実力をその存立根拠と考える実証主義的国家観をもっており、しかも普遍的な観念の存在を否定しているリストにとって、現に存在する責任能力者である「支配階級およびこれに類似したもの」が動機およびその正常性を判断するのは当然の帰結であろう。とはいえ、このような理論構成は明確な負の側面を持っており、たとえば支配階級的意思に背くものがあるとすれば、支配階級はそのようなものを責任無能力者として決定できるという意味合いも含んでいるのである。これは、結局、「支配階級とこれに類似したもの」と違ったかたちで思考し行動するものは、社会の危険要因として扱われ、結局社会の安全のために無害化されても構わないという考えに結びつきかねないのである。したがって、このような判断基準に従うと、きわめて重要なメルクマールである犯罪の社会的及び個人的な原因への考察は形骸化されてしまうことになる。それは、リストにとって、支配階級の利益と直結してその行き先が決められる、まさに戦略的な問題であるに過ぎないということであ

106) Liszt, Lehrbuch., 21. und 22. Aufl., S.157.; Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.27., なお、藤尾、前掲書注(73), 105頁。

107) Liszt, a.a.O. (Anm.103), S.256. なお、Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.27f.

る¹⁰⁸⁾。

ところで、リストは因果的決定論者であるため、そのような立場からは、責任も機械的因果律に従うべきであり、価値判断は自我の決断としては認識されないのである。そうすると、人格（自我）に倫理的な負担を課する価値判断としての責任もなくなるのである¹⁰⁹⁾。すなわち、すべての心的事象は因果的諸要素の必然的な産物であることになり、いわゆる責任無能力者も因果の流れの「正常な結果」として扱わなければならないだろう。しかし、リストの出した結論は非常に憂慮すべきものであった。リストが「刑事政策的体系を完全に因果的・機械的実証主義の基本テーゼの上に構築した」としても¹¹⁰⁾、リストの理論構造からすれば、心理的な因果律、つまり目的律に従って目的意識的に意志を産出できるので、仮に犯罪者に責任がないと想定できても、「支配階級およびこれに類似しているもの」が設定した「目的」のために、彼を「淘汰の対象」として扱うことは可能であると思われる。もちろん、ヴェルツェルの理解するように、リストが因果的決定論者であるということから、彼の理論を論理的に解釈すると、犯罪者の責任は問われないのであって、実際にリストも犯罪者の処遇について非常に人道主義的な立場で次のように述べている。

すなわちリストは、社会的淘汰の過程が遅いことや、その過程によって生じうる社会の「重大な犠牲」を理由に、立法者は刑事政策家としてその過程に介入すべきであるとする。つまり、「弱者が生存競争において屈服しないために、可能な限り、弱者を保護」する必要があるとする。もちろん、これは無条件ではなくて、「立法者は援助がもはや不可能な時には、その都度の要求を伴った社会的共同生活にとって全く適合しない要素は、いつでもこれを排除することについて考慮する必要がある」という前提が

108) 藤尾，前掲書注(73)，107頁。

109) Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.28f.

110) Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.29.

付いている¹¹¹⁾。なお、リストは、我々が長い間刑事裁判官の前に引き出されなかったとしても、それは我々の功績ではなく、様々の事情によって犯罪者になったとしても、それまた彼の「責任」ではないのであり、したがって、「決定論者は、犯人に対して他のどんな感情ももつことはできないし、またもってはならない」としている¹¹²⁾。さらにリストは、「好意的な穏やかさに満ちた精神」、「行き届いた配慮を行う精神」が支配することとなり、「責任」と「贖罪」という概念は、これまでと同様に今後も生き続けるかもしれないが、純化された科学的認識による厳しい批判に対しては、このような概念も抵抗することはできない、とする¹¹³⁾。以上の発言からは、非常に人道主義的なリストを思い浮かべることができる。しかし、このような発言も、「支配階級およびこれに類似するもの」が責任能力者を決められるというリストの見解をふまえると、単に戦略的なものであるに過ぎない。それは、リストが常習犯に対する安全性を論ずる際に用いたさまざまな厳しい発言からも確認できる¹¹⁴⁾。たとえば、リストは1880年ドヒョウ宛ての手紙で、常習犯に対する安全性を確保するためには、「やつらが減びるとしても、矯正施設は遠慮することなしに、可能な限り安上がり（billig）、軍の厳格な規律を伴う」必要があるとしつつ、棒刑も不可欠であるとする。そして、「常習犯（この概念は必ずしも我々の専門的な概念ではない。私はそれを法秩序の原則的な反対者であると考え）は無害化されなければならない。それも、我々の費用ではなくて彼の費用でそうすべきである。彼に食糧、空気、運動等々を合理的な原理に従って付与するということは納税者を陵辱することである」とする発言からみて

111) A. u. V. II, S.446.

112) A. u. V. II, S.45f.

113) A. u. V. II, S.229.

114) リストが共同設立者として参加した1889年の国際犯罪学協会の規約も常習犯に対して厳しい処置を要求する。即ち、「刑事立法は改善され得ない常習犯を、それが軽度の犯行の反復に関わる問題であっても、出来るだけ長い期間無害化しなければならない」（Ⅰ条9項）とする。Bellmann の復刻版, Die internationale Kriminalistische Vereinigung (1889-1933), 1994, S.217.

も¹¹⁵⁾、リストの考える犯罪者の処遇が、一見して人道主義的な既述の彼の発言と大きく異なるものであることが分かる。このような相違は理解しがたい¹¹⁶⁾。しかし、そのことはリストの政治的な性向から説明できよう。ラートブルフの言葉を借りれば生涯「政治家」であったリストは¹¹⁷⁾、自身の政治的な立場を一貫させていたわけではなく、「政治家」らしく状況に応じて、その立場を変えるのである。たとえば、リストはドイツ国家主義者から始まり、政治的な立場を左派自由主義へと近づけるが¹¹⁸⁾、そのような変化はビスマルクの失脚（1890年）以降始まったとされる¹¹⁹⁾。上記の「人道的」な発言もリストが政治的な立場を変更してからなされたのである。リストが政治的な状況の変化に従い、その学問的な立場を改変するのは、専門的な研究に携わる者からみれば異様に思われるだろう。しかし今まで見てきたとおり、進化的発展論および目的思想を信じ、政治的な考慮をおこなう「支配階級」であるリストにとっては、彼自身の振る舞いはまさに「存在当為的」であったであろう。

本章で検討したように、リストの犯罪原因論は最終的に犯罪の科学的な分析とはかけ離れた結論を導き出したのであり、結局、彼が自ら刑法学の課題として取り上げた「犯罪と刑罰の因果的解明」はほとんど意味を有しないということが明らかになった。すなわち、犯罪の社会的原因を探ると言いつつも、結果的には単に現状を正当化することにとどまってしまい、

115) Aus einem Brief an Dochow, 1880.,: Radbruch, a.a.O. (Anm.24), S.229.

116) 「マルブルク綱領」においての姿勢とも随分違う結論になっているが、これはリストの戦略であって、実証主義から導かれる結論ではない。しかも、リストは現行法との関係でなされた自身の提案が厳しいとは思っていなかった（A. u. V. II, S.17f.）。ここで共同責任について語ってはいるが、本文でいうような人道的なアプローチは行われていない。なお、犯罪の社会的原因を非常に重要視しながらも、結局、何もなすことのできなかったリストのこのような発言は、矛盾を露呈しているのであり、何らかの基準としては到底考えられない。

117) Radbruch, a.a.O. (Anm.24), S.211.

118) Radbruch, ebenda. 民族主義者であったリストはビスマルク失脚以来、左派民主主義を奉ずる進歩党に鞍替えした。

119) Lilienthal, ZStW 40 (1919), S.542.

そこには理論的一貫性も科学性も欠落しているのである。換言すれば、リストは犯罪の社会的原因をただ列挙しただけであり、それらを実質的に分析し社会的な矛盾状況の解消に向けて提言することは敢えて回避したのである。彼の基本的な方法論である社会的進化論の思考によれば、現に生じている犯罪の増加が社会の諸関係の矛盾から発生したとしても、それは文化の高揚に伴伴する必然的な現象であるにすぎない。つまりリストの理論は、社会の矛盾した現状を黙認するばかりか、ひいては現状に対する安易な正当化につながる危険を元々はらんでいたのである。犯罪の社会的原因という問題の根源が仮に分かっていても、それは必然的現象であるとして手を加えることなく、常習犯に対しては必要に応じて「人為的淘汰」のメカニズムが機能すればよい、というのが彼の理論からの帰結となる。犯罪の社会的原因の考察を棚上げにし、社会のある特定のグループに犯罪の原因を求めるというリストの考え方の根拠としては、彼の責任能力論から理解すれば「支配階級の意志」ということがあげられようが、それ以外には理にかなった説明は行われていない。リストの犯罪原因論は、いわゆる「支配階級による恣意性」を認めている点で非科学的であり、かつ非学問的でもあるといわざるを得ない。

第三章 刑法学の学問としての役割

リストが自身の理論において「目的」や「進化的発展」などのア・プリオリな概念を設定し、学問上の方法論として実証主義的アプローチを用いたのは、建前としては、犯罪を社会的な現象として理解し、それを科学的に分析し犯罪を効果的に克服するためであった。だが実際には前章で検討した通り、リストの理論構成及びその方法論は、そのような期待には答えられておらず、結局、彼の階級的イデオロギー性を露呈するものであった。このような結果を前にすると、リストが当時注目されていた自然科学の研究方法を取り入れたのは、あたかも自身の理論構成及びそこから導き

出される結論が信頼に足るものであるかのように装うためではなかったのか、という疑問が生じてくる。実際、リストが実証主義的国家観をもっており、学問の役割は国家に供するところにあるとしていることからしても¹²⁰⁾、そのような疑問は単なる憶測にはとどまらず、現にリストにそうした意図があったと考えられるのである。本章では、リストの国家観および学問観の検討を通じてそのことを明らかにする。

一 リストにおける刑法学の課題および全刑法学

リストは自身の刑法学上の理論的構想を「刑法学の課題およびその方法」という形で表した¹²¹⁾。刑法学の具体的な課題として3つの分野が設定されており、それは彼の学問上のアプローチを簡潔にまとめたものであるといえる。すなわち、1. 教育的課題として、刑事学に関する専門家の養成、2. 犯罪と刑罰の因果的解明、そして 3. 刑事政策 (Kriminalpolitik) である。リストは専門家養成の方法として、刑法および刑事訴訟法の法学的論理教育と構成要件確定のための専門的実務教育を用いる。その際、リストは前者を狭義の刑事法学、後者を「Kriminalistik」と名付ける。そして犯罪と刑罰との因果的解明においては、これをさらに犯罪の解明と刑罰の解明とに分けて、前者を犯罪学 (Kriminologie)、後者を行刑学 (Poenologie) と名付けている¹²²⁾。

では、リストの設定した刑法学の課題はどのような広がりを持っているか。リストは、まず何よりも、刑事学に関する専門家の養成を一番目の課

120) Franz von Liszt, Die Reform des juristischen Studiums in Preußen, Berlin 1886, S.10f., 21f.

121) Liszt, Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft (1899), in: A. u. V. II, S.284.

122) A. u. V. II, S.296. なお、日本においては、犯罪現象解明の科学が「犯罪学」(criminology)」と呼ばれており、「刑事学」という言葉は、牧野英一博士がフランス語の sciences pénales を日本語訳にしたものである。刑事学とは「狭義においては犯罪原因究明の学であり、広義においては犯罪対策たる刑事政策をも研究対象とするものであるから、犯罪学とほぼ同旨の意味をもつ言葉と考えて」もいとされている（森本益之ほか著、『刑事政策講義〔第3版〕』有斐閣、1999年、3頁）。

題として取り上げている。というのも、刑法実務家にとって最も重要な仕事は構成要件に結びつけられている法的効果（刑罰）を宣言するところにあるからであり、そのためには、刑法実務家は構成要件を輪郭づけ、刑罰の方法と程度を確定している法規をも知らなければならないのである¹²³⁾。リストはこのようにして法解釈に相当な力を入れている。その際に、彼は、法解釈学は法技術学的考察であるとしてその取り扱い方を社会的・自然科学的考察に対置し¹²⁴⁾、理論法学の方法は法命題を対象とする論理学であり、これに課せられた使命は諸概念の論理的統合に尽きるとする¹²⁵⁾。これについてヴェルツェルは、リストが解釈学の課題およびその方法を、全く形式論理的な意味において概念の論理学的な結合として規定したとする。そして、リストがこのように解釈学において概念法学に傾いたことの根拠は、「刑事裁判官を解釈学上拘束することによって、市民的自由のもっとも重要な防波堤の一つが我々に与えられる」とする¹²⁶⁾リストの言葉から導き出すことができる、とヴェルツェルは述べる¹²⁷⁾。リストの解釈学における概念法学的傾向をヴェルツェルは「実証主義的社会の権力イ

123) A. u. V. II, S.285.「刑法学の方法と課題は、リストの構想の下では、相当広がる必要がある」。というのも、「合目的で効果的に犯罪を撲滅するためには、刑罰の効果及び犯罪原因の正確な知識が前提となる」からであろう (Arnd Koch, Binding vs. Liszt – Klassische und modern Strafrechtsschule, in: Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Erg Hilgendorf und Jürgen Weitzel (Hrsg), S.133.)。

124) A. u. V. II, S.320.

125) A. u. V. II, S.77f. 法解釈のところで、リストは古典学派と本質的に一致している。リストは、「[法益]の概念とともに、目的思想が法理論の領域に侵入し、法の目的論的考察が始まり、形式論理的考察は終息した」として、ピンディングを批判しながらも (A. u. V. I, S.223f.)、古典学派について、「形式法学的詭弁の脇道に落ち込んだが、全体として大まかに見れば、古典学派は正しい方法を用いて仕事をしたのであり、おびただしい実定法上の諸規定を通じて提供された広範囲の経験的な基礎から出発し、間断のない……仕事を通じて、絶え間なく続けられるきわめて慎重な抽象により最上位の諸原則、すなわち最も精緻な最高の概念を獲得した。このようにして、古典学派は刑法の完結した体系を構築することに努めた」と、評価している (A. u. V. II, S.434f.)。

126) A. u. V. II, S.435.

127) Hans Welzel, a.a.O. (Anm.13), S.37.

デオロギー」に求め、「機械的因果概念によって開かれた、事象の技術的な計算可能性の結果」、自然必然的な過程から脱することができない限り、機械的因果概念によって、人間が「自然並びに精神的・社会的生活に対する支配」ができるように、「技術的・形式的概念、計算可能な法概念によって、国家に対立してでも、個人の行動の自由と行動する力の最善のものが個々人に与えられる」とする¹²⁸⁾。以上のような見解に立つことで、本来、刑事政策上の根本思想からすれば「心情刑罰（Gesinnungsstrafe）に到達するはず」のリストが¹²⁹⁾、どうして科刑の前提に関しては断固とした客観主義者になっているのかという疑問は解消されると思う。というのも、リストが概念法学的傾向を徹底したとすれば、常習犯に対する特別な取扱いはいできないはずであるが、リストは常習犯に対する厳しい取扱いを認めているので、このようなことから常習犯と質的に異なる対象の存在が概念的に区別されるからである。このような判断の際に、「支配階級およびこれに類似したもの」の理解が意識されることは明らかである。したがって、彼らの自由を担保するための法解釈は不可欠なのであり、それを充実に履行するための法実務家の養成は非常に重要であったであろう。

次に、リストが刑法学の第二、三番目の課題として取り上げた、犯罪学（Kriminologie）および行刑学（Poenologie）と刑事政策（Kriminalpolitik）とは、まず、いわゆる「全刑法学（gesamte Strafrechtswissenschaft）」という用語との関係で考察を要する。というのも、「全刑法学（gesamte Strafrechtswissenschaft）」という言葉に関してリストは明確な定義を行っていないため、それが具体的に何を指しているのかが定かではないと思われるからである。この用語についてリスト自ら言及している作品は、『全刑法学雑誌』（ZStW）創刊号の「読者へ（An unsere Leser）」¹³⁰⁾、そして彼の

128) Hans Welzel, ebenda.

129) Hans Welzel, ebenda. なお、リストは「刑罰とは個々人の自由へのかなり深く介入することを意味するので、確信ではなくて疑いだけで、つまり行為ではなくて犯罪性の心情しかない場合に、刑罰が下されてはいけない」としている（A. u. v. II. S.16.）。

130) ZStW 1. (1881), S.1.

講演論文集 (A. u. V.) の中で取り扱われている「刑事政策上の課題 (Kriminalpolitische Aufgaben)」¹³¹⁾ と「刑 法 学 の 課 題 と そ の 方 法 (Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft)」¹³²⁾ との三点であろう。まず全刑法学雑誌の創刊号において、この雑誌の取り扱う領域との関係で「全刑法学」の内容をうかがうことのできる部分が見いだされる。すなわち「全刑法学雑誌」というのは、刑事法学の中央機関紙として、刑法および刑事訴訟法と「刑法補助学 (strafrechtlichen Hilfswissenschaft)」を包括しながら、ドイツと重要諸外国の刑事立法および学問の進歩に関する、可能な限り完全で正確な状況を示すことにその主眼があるとする。さらに上掲の「刑法学の課題とその方法」においては、「Kriminalistik」、「犯罪学 (Kriminologie)」および「行刑学 (Poenologie)」, 「刑事政策 (Kriminalpolitik)」, そして「刑法および刑事訴訟法」という用語が出てくるが、ここではあくまでも刑法学の課題として取り組むべき領域が示されているだけであって、「全刑法学」の定式化は行われていない。最後に「刑事政策上の課題 (Kriminalpolitische Aufgaben)」の中では、刑法と刑事政策を統合する言葉をフランス語の sciences pénales とイタリア語の scienze penali とに求められるも、それらに該当するドイツ語がないため刑法学に「全」という言葉を付け加え、これが狭義の「刑法学」ととどまらないことを示すとされている¹³³⁾。ここでもリストは、「全刑法学雑誌 (ZStW)」の名前の由来を説明しているだけであり、「全刑法学」とは何かを定義していない。以上から、リストがいわゆる「全刑法学 (gesamte Strafrechtswissenschaft)」という言葉にどのようなイメージをもったのかを推測してみると、おそらく、「Kriminalistik」、「犯罪学 (Kriminologie)」および「行刑学 (Poenologie)」, 「刑事政策 (Kriminalpolitik)」, そして「刑法および刑事訴訟法」に、全刑法学雑誌創刊号で取りあげられた「刑法の補助学 (die strafrechtliche

131) A. u. V. I. S.290ff.

132) A. u. V. II. S.284ff.

133) A. u. V. I. S.293.

Hilfswissenschaft)」を「全刑法学」の名の下で統合しようとしたのではないかと思われる¹³⁴⁾。

そうすると、「全刑法学」という観念のもとには、当時の刑事法学と関係しているほぼすべての分野が含まれることになると思われる。これはリストの個人的な信念からなされたものであり、言うまでもなく合目的で効果的な犯罪克服のためである。そのために刑法家は、帝国刑法典の諸規範を熟知する必要があるだけでなく、それを超えて関連諸学問分野の協同をも必要とし、それらの諸分野すべてを熟知している必要があろう¹³⁵⁾。というのも、それ以前の刑法学における人間というのは、抽象的・形式的に把握されているだけであり、個々人の特性に着目した実質的な形では扱われていなかったからである。したがって、犯罪者に関心を寄せることになると、犯罪者がどうして犯罪を起こすようになったのかに関する研究の必要性が出てくるのは当然であろう。それで、新たな犯罪現象に立ち向かうためには、刑法学は思弁的な考察から脱却して、犯罪を社会現象として把握し、犯罪の原因を科学的に分析することで適切に対応しようとする動きが出てくるのである。リストが「全刑法学」という名の下で、自然科学の方法論を使う経験科学に関心を寄せたのは自然であったといえる。犯罪を単なる法的な分析ではなく、個人的な要因と社会的な要因から成立する社会的現象として科学的ないし実証的に把握し、犯罪克服のための犯罪政策を施すことの必要性を提案したこと自体は、リストの偉大な功績であるといえる。

しかし、リストをそのように理解するのは一面的な考察にすぎないのであって、彼が刑法学の在り方について、どうしてそのように意識するようになったのかを踏み込んで考える必要がある。というのも、リストは19世

134) 全刑法学という言葉で、リストが表現しようとしたのは、「単なるドグマティクではなく、法律的な性質と刑事学的な性質との異質な知識を含むものであった」といえる。

(Luis Jiménez de Asúa, „Corsi e ricorsi“ Die Wiederkehr Franz von Liszt, in: ZStW, 81. S. 691.)

135) Arnd Koch, a.a.O. (Anm.123), S.133.

紀後半の社会・経済的な背景、つまり産業資本主義の発達による貧富の差の拡大、都市への人口集中、階級間の対立の激化に伴う犯罪の増加（特に常習累犯と少年犯）を前にして、当時刑法学、とりわけ刑罰のあり方をめぐる議論を可能にした知的環境から¹³⁶⁾、自身の理論的枠組みを作り上げているが、その際、彼が刑法補助学に関する専門的な識見をもっていなかったということを、我々が考慮しなければならないからである。すなわち、リストの「マルブルク綱領」の中には、当時の刑罰のあり方についての議論状況が言及されているのであり¹³⁷⁾、同時代のそのような議論状況を踏まえたうえで「マルブルク綱領」が完成したのであるが¹³⁸⁾、ケンペの言うように、リストが社会学、社会経済学、教育学、生物学、そして心理学などの領域においてまったく門外漢（Laie）であり、専門家に

136) マルブルク綱領の誕生期における諸議論については、Adrian Schmidt-Recla, Holger Steinberg, Eine publizistische Debatte als Geburtssunde des „Marburger Programms“, in: ZStW.119 (2007).

137) A. u. V. I. S.130. (Anm.2). 興味を引くのは、リストによって紹介されている人たちが異なる職業を持っているということである。すなわち、ポーゼン出身のミッテルシュテットは (Mittelstädt, 1834-1899) 刑事実務家であり (Schmidt-Recla, Steinberg, a.a.O. (Anm. 136), S.196.)、クレペリンは (Kreapeln, 1856 – 1962) 医学者である (Schmidt-Recla, Steinberg, a.a.O. (Anm.136), S.197.)。そして、ジッヒャートは (Sichart, 1833-1908) あまり知られていないが、1861年以降はバイエルンとヴュルテンベルクの行刑職に務め、1881年にはヴュルテンベルクのルートヴィヒスブルクの刑務所長を経験した行刑官であり、帝国統一行刑法典の草案の作成に携わった人物である (Schmidt-Recla, Steinberg, a.a.O. (Anm.136), S.198.)。マグデブルク出身のゾンタークは (Sontag, 1835-?)、ハレでローマ法に関する論文で博士号を取得したあと、ビンディングの後任者として刑法の教授になった学者である (Schmidt-Recla, Steinberg, ebenda.)。このように、当時の刑罰に関する議論には諸分野の論者が参加しており、相当の広がりをもっていたのである。

138) この時代の知的環境は、リストの「全刑法学」および「マルブルク綱領」を生み出すが、それにとどまらず、ビンディングをはじめとする古典学派にも大きな影響を与えた時代的な潮流でもあった。それによって、ビンディングもリストと同じくいわゆる補助学に多大な関心をもつようになったのである。ビンディングは自分の著述の中で、「刑法は……ある程度法律を超えることを命ずる。即ち、刑法は他の学問分野、とりわけ医学・心理学および論理学から力を借り、多くの基本概念を借用する」として、補助学の必要性を認めている (Karl Binding, Handbuch des Strafrechts; Bd.1. 1885, S.11.)。リストとビンディングは刑法の補助学に関して、同じ見解をもっていると言い得る。

としては使用できないような概念を、門外漢にありがちな勇敢さで操作したということを想起する必要があるということである¹³⁹⁾。専門的な知識を兼ね備えていないまま、目下の議論状況を踏まえたということは、砂の上の楼閣のようなものであるといわざるを得ない。したがって、我々はリストの「全刑法学」が有する歴史的意味合いよりも、その内在的な限界に注目する必要がある。ともあれ、当時の知的環境および刑法学に関する議論状況を取りまとめたリストは、その後、刑法学における「近代学派」という大きな流れを作っていくことになる。このようにして、リストは全刑法学という観念の下で新たな刑法（学）および刑法改革に臨むことになる。とはいえ、リストが全刑法学に大きな意味をおいているとしても、彼にとって最も重要な分野は言うまでもなく刑法学である。つまり、リストは、犯罪に対する戦いにおいて、「上記の諸科学が刑法学と協働するときにはのみ、犯罪に対する実りのある戦いの可能性が生じる」としつつ¹⁴⁰⁾、「我々の学問〔刑法学——筆者による〕は、この争いにおいて指揮をとるべきである」とするのである¹⁴¹⁾。おそらくそれは、当時非常に大きな信頼を受けていた自然科学の研究方法を用いた経験科学——特に精神医学——に対して主導権を握り、法学的方法と専門知識を守ろうとするリストの信条からの発言であろう¹⁴²⁾。彼が、「刑事学に関する専門家の養成」を刑法学の第一課題として取り上げたことから、それをうかがうことができるだろう。ところで、ここでいう「刑法の補助学（die strafrechtliche Hilfswissenschaft）」とは何を指すのか。具体的な定式化はなされていない

139) G. Th. Kempe, Franz von Liszt und die Kriminologie, in: ZStW. Bd 81. S.823.

140) これに関して、リストはほかのところでも、「刑法家（Kriminalist）」というのは、それが刑法の先生であれ、警察官、検事、予審判事あるいは結審判事であれ、刑事事件弁護人あるいは刑務所長であれ、ただの法律家のままであってはいけない」という見解を明確に主張しつつ、刑法家は「帝国刑法典の諸規範及び帝国裁判所の決定を熟知しているのと同様に、犯罪人類学と犯罪社会学の成果をよく熟知している必要がある」とする（A. u. V. I. S.294f）。

141) A. u. V. I. S.178.

142) Arnd Koch, aa.O. (Anm.123), S.134 (Fn.45).

と思われ、一概には言えないにせよ、リストが犯罪と刑罰との因果関係の解明と刑事政策とに非常に力を入れていることからみて、さらに前述の考察からしても、関連の経験科学すべてを指していると思われる。刑法の補助学は合目的であり、有効に犯罪を克服するためには欠かせないからである。とはいえ、当時の補助学の水準はリストを満足させることができなかっただけでなく、リスト自身も、ほぼ門外漢 (Laie) に等しかったということを考えると、リストにおいて補助学の有する意味は、彼が熱心に主張してきたところとは異なり、実際にはそれほど重要視されていないのである。リストにとって、補助学はその都度の必要に応じて変わり得るものであり、刑法補助学の取扱いは一貫的ではなかったのである。

すでに検討したように、リストが犯罪の社会的原因を探る際にその限界を自ら是認したことからもわかるように、刑法学と補助学との相互関係が明確でないままに、しかも既述のように、彼が補助学に対する専門的な知識をもっていない段階でそれを全刑法学という枠の中に取り入れたということは、いささか「我田引水」的な試みであると言える。補助学に対する扱いが便宜的であるということは、リストの教科書からも窺える。たとえば犯罪社会学 (Kriminalsoziologie) についてみると、リストの刑法教科書第2版においては、目的思想は導入章の法哲学の節の中で扱われているが、「犯罪社会学」は本論の第一節から扱われている。ここにおいて、「犯罪社会学」は目的思想の前に置かれており、これより重要な役割を果たしているかのように思われる。その後、彼の教科書第3版に入ると、「犯罪社会学」は自然科学的な扱いを受け、因果律が支配する現象界を探索するものとして刑事政策と区別される。ここで刑事政策の主たる任務は、犯罪の合目的的で有効な克服となる。しかし、第5版に至ると「犯罪社会学」という表現はみられなくなってしまい、政策に関する説明が関心の的になっている¹⁴³⁾。ここからも、リストにとって経験科学はそれほど重要な意味を持っているとはいえず、状況に応じて便宜的に利用されるものになす

143) Monika Frommel, a.a.O. (Anm.17), S.43.

ぎないと考えられる。

二 リストの国家観と学問の役割

犯罪と刑罰の因果関係を解明するために、リストは実証主義的アプローチを彼の学問上の方法として引き入れ、理論的基礎を築き上げた。実証主義的な考え方はリストに影響を与えた当時の学問的・知的環境に一般に内在しているものであって、それが当時の国家および法に対する観念をも変化させたのである。リストも実証主義的な国家観に強く影響されており、そのことが彼の学問観の形成にも大きな影響を及ぼしている。そこで本節では、まず19世紀における実証主義的な国家観およびそれに基づく法観念について考察したのち、リストの学問観を探ることにする。

19世紀を通じ、哲学および法学において、理想的なものへの関心が現実的なものへの関心に、普遍的なものへの関心から特殊的で相対的なものへと重点が徐々に移っていく。このような実証主義的な傾向は、19世紀初期から法学において潜在していた。それは19世紀後半において確立され、その絶頂期を迎える。その結果、超越的な諸原理と諸価値に対するあらゆる信念は破壊されることになる。真偽、そして善悪や正不正などの判断は、効用および便宜性に基づいて行われるものとされたのである。価値判断というのは客観的真理の表現であるというよりも、むしろ主観的な好みの表現であると解されるようになる。経験的事実からの論理的帰納が、正しい理性に取って代わったのである。絶対的な道徳的価値などは経験的に証明できるものではない。それゆえ、個人的権利はもはや超越的には考えられないことになる。したがって、形而上学と超越的真理とが拒否された結果、人間としての個人に特有な自然権の観念も放棄されるようになるのである。そこで、「権利は利益と等しいもの」とみられる傾向が生ずる。このようにして、権利というのは国家に先立つ超越的なものではなく、むしろ「国家の存在の結果」とみられるようになったのである¹⁴⁴⁾。

144) 以上、ハロウエル、前掲書注(9)、105頁以下。

これは、抽象的な人間としての権利ではなく市民としての権利であり、したがって法的権利が自然権に取って代わることを意味する。法というのは、「理想的な規範」としてではなく「社会勢力の産物」とみなされるようになる。すなわち、人々は人間および政府の法を實力に裏付けられた「意志の表現」と考えるようになる。政府の「権威」に対する具体的な個人的権利のような、「実質的な制限」は放棄される。というのも、法という形で権利が社会勢力の産物として与えられるという考え方からすると、権利はもはや制限原理でなくなるからである。したがって、政府の「権威」に対する唯一の制限は法の形式をとらざるを得ないのである。しかし、そのような法の形式というのは、個人の諸権利を破壊するかもしれない内容さえも当てはまる形式となるであろう。このような実証主義的国家観およびそれに基づく法という観念に関して充実しているのが、イェーリングのそれである。なお、リストも「法秩序を侵害する無法者から法秩序を守るために、国家権力が正義の剣を手にした」といい、このような考え方は、イェーリングが「法における目的」のなかで規定している「法の概念」に基礎をおいているとしている¹⁴⁵⁾。イェーリングの考え方のリストとの関連性を検討することで、リストの国家観および法に関する考え方が明らかになる。

イェーリングは「法はある国家において行われる強制規範の総体であり」¹⁴⁶⁾、「国家が法の唯一の源泉である」とする¹⁴⁷⁾。そして、制限原理として「国家権力が自己の公布する規範に自ら拘束されるということを通じて初めて、規範適用における偶然は排除される。恣意に代わって法規の平等性、安定性、予測可能性が生ずるのである」としている¹⁴⁸⁾。国家が法の唯一の源泉であるとすれば、これは強者、支配階級つまり国家の支配者

145) A. u. V I, S.150.

146) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.318.

147) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.319.

148) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.344.

の政策によって左右されるのが法規であるといっているに過ぎない。それが形式的法治国家を意味しているのはいうまでもない。このような考えは刑法の領域にもそのまま当てはまる。すなわち、イエーリングは「社会の保護、その持続そしてその生活目的というきわめて実際の動機が社会に正義という剣を与えるのである。このような実際の目的の観点が刑法の全体的形成の際には決定的であり、その観点は、社会がどのような行為を罰し、どのような刑罰を選ぶかという問い、そしてどのような基準でさまざまな犯罪の重さを量定するかという問いにも同様に、決定的である」とする¹⁴⁹⁾。「支配階級」による責任能力の決定を支持するリストがこのようなイエーリングの思想を引き継いでいるのは明確であり、したがって具体的な刑罰および処置の問題においても法的形式性さえクリアすれば、例えば常習犯に対する厳しい対応といったことには何の問題もないことになる。そして、イエーリングは社会の安全および維持そして社会的目的を実現するために、国家及び社会は権力または強制という手段を利用するとし¹⁵⁰⁾、「強制を通じて保護される社会的目的システムが法である」とする¹⁵¹⁾。そのような目的のためなら、イエーリングにとって法的安定性は飾り物に過ぎない。すなわち、「法律によって国家権力は自らの手を束縛する。これが絶対的であれば、国家の法律は自然法則と同様のものであり、国家機構（Staatsmaschinerie）はまるで時計の仕掛けのように必然的确实さ、規則性、平均さでもって進行するだろう。しかし、これには一つのだけの特性が欠けている——つまり、生活能力が欠けているのである。このような国家は一か月も持たない。……法規が排他的な優位にあるということは、社会がその手段の自由な利用を放棄するのと同じ意味である」、と¹⁵²⁾。さらに、「船と乗務員を救うことが肝要である場合に、船乗りが積み荷を投げ

149) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.364.

150) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.50.

151) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.240.

152) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.413f.

下ろすように、それが社会を深刻な危険から守る唯一の手段である場合に、国家権力は法律を投げ下ろす」というのである¹⁵³⁾。

このようにイエーリングは、法的安定性および罪刑法定主義原則の意味の緩和を企て、19世紀の法治国家刑法の基本原則を攻撃したのである。つまり、彼自身の意味合いにおける「実質的な正義」のために、法的安定性の相対化を計ったのである。リストは「マールブルク綱領」において、イエーリングの思想を引用しながら、その影響を認めているので、彼の国家観および法観念も基本的には、イエーリングの実証主義的国家観およびそれに基づく法という観念に一致しているといえる。だがここで、法的安定性および罪刑法定主義原則の意味の緩和ないし形骸化をものとしなかったイエーリングと、いわゆる「マグナ・カルタ定式」を唱えたリストとはかなり相違があるのではないかとの疑問が生ずる。しかし、その定式が「マールブルク綱領」の誕生から10年以上たってから公にされているということに注意しなければならない¹⁵⁴⁾。しかも、その間、「反自由主義的で反法治国家的な結論を導くようなイエーリングの目的思想」に¹⁵⁵⁾リストはいかなる懸念も示していなかったことから、暗黙のうちにそれを認めたといえる。このような観点からは、「マグナ・カルタ定式」は非常に手遅れであると言わざるをえない¹⁵⁶⁾。しかも「マグナ・カルタ定式」については、リストが自身の犯罪原因論から類型化した犯罪人の形態、特に改善不可能な常習犯の処遇の問題を考えると、自由と人権の保障という法治

153) Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.417.

154) Ehret, a.a.O. (Anm.42), S.126.; いわゆるリストの「マグナ・カルタ」思想が明瞭な形で表明されたのは、1893年に公表された「Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (A. u. V II, S.60.)」においてである。これについては、藤尾、前掲書注(73), 131頁(注1)を参照されたい。

155) Ehret, a.a.O. (Anm.42), S.121.; なお、Ehretによれば、イエーリングの「法の唯一の源泉は、国家である」という発言から(Jhering, a.a.O. (Anm.22), S.319), イェーリングの法概念の有する国家実証主義的特徴が明確であるとし、その濫用可能性は宿命的であるとする(Ehret, a.a.O. (Anm.42), S.121.)

156) Ehret, a.a.O. (Anm.42), S.126.

国家性がこの定式によって実質的に保たれるのかという疑念が生ずるのである。

そこで刑法のあり方に関するリストの基本的な姿勢を見極める必要がある。まず、最初に問題とすべきは、刑罰によって無害化されるべき改善不可能な常習犯の認定に関することである。リストの認定基準となるのは、過去の犯罪行為とその頻度である。彼の「刑法における目的思想」においては、三度目の有罪判決を受けた者に対して不定期刑の拘禁を認めようとした¹⁵⁷⁾。しかし、その後、最初のただ一回の犯罪に関しても、重大犯罪と判断された場合には、それが根絶のできない根深い行為者の犯罪傾向の発露であり得るとしている¹⁵⁸⁾。改善不可能であると認定された者は、社会が自ら彼に対して防衛をはからねばならない対象となり、彼を無害化するために、極めて厳しい処罰が行われることになる。即ち、改善不可能犯には終身、あるいは不定期の拘禁が考えられ、刑罰の執行場所は社会内の特別施設であり、その実態は厳格な強制労働を伴った「刑罰奴隷 (Strafknechtschaft)」であり、そして笞刑も不可欠としている。さらに公民権の永久的喪失による名誉剥奪、また独房拘禁を採用する場合には、暗室拘禁、極めて厳格な断食も併用されるということである¹⁵⁹⁾。なお、不定期刑を宣告された人がそれを免れるためには、有罪判決を言い渡した管轄裁判所に属する観察委員によってなされた提案を裁判所の刑事部が認める必要がある¹⁶⁰⁾。しかし、それは全く例外的なことであり、その基準は社会的危険性の有無であるということになろう。

リストの犯罪原因論において社会的要因も個人的な要因に還元されていることは、すでに前章で指摘した通りである。そこでは、社会的な原因の

157) A. u. V. I. S.170. なお、リストは常習犯になりやすい項目を挙げている。その類型は財産犯と道徳に対する罪であり、具体的には窃盗、贓物故売、強盗、恐喝、詐欺、放火及び強姦などが挙げられている。

158) A. u. V. II. S.404.

159) A. u. V. I. S.170.

160) A. u. V. I. S.170f.

分析に目が向けられることなく、反社会的心情ないし危険性の判断は裁判官に委ねられており、さしあたり、社会的な原因探求を積極的に避けることが理論的に可能となった。その結果残されたのは、個人的要因からの判断であるが、前述の改善不可能犯の認定過程そしてその処遇の仕方に限っていえば、リストのマグナ・カルタ思想から自由と人権の保障という核心的な部分が事実上骨抜きにされることになると言わざるを得ない。リストにおいて、刑事政策の合目的性の中に刑法の自己限定ないし自己抑制の原理が内在していることが証明され得ない限り、彼の目的思想と法定主義との整合性には齟齬が生じていることになる。また仮に、自らの理論体系を、何らかの目的に都合良く供するために作り上げようとする意図がリスト本人にはなかったとしても、結果的には、国家刑罰権力にとって都合のよい刑法をもたらしかねない理論的な基礎を彼が構築しているということ是否めない。言いかえれば、リストの理論には、その意図にかかわらず政治的に利用され得る危険性があるということである。というのも、リストの理論の根底をなすものは社会秩序ないし社会防衛であり、特に確信犯（＝政治犯）に対して、その危険性を理由に裁判官（国家刑罰権力）が行為者の内面的な心情を恣意的に判断し、そしてそれに対して一方的な危険性を宣言して当該の政敵をいわば一生無害化することが出来るからである。

実証主義に影響されたリストの国家観およびそれに基づく法の観念は、リストの理論の中に見いだされるだけでなく、国家と教育に関する彼の主張にもよく現れている。リストにとって国家は絶対的な忠誠の対象である。たとえばそれは、リストが大学教員として学生たちに示した、目下の国家への無条件的な服従への要求からも明らかである¹⁶¹⁾。リストは、学問と教育を新しい状況のもとで、「国家目的」に使うことを要求する¹⁶²⁾。

161) John Lekschas/Uwe Ewald: Die Widersprüchlichkeit des Liszt'schen Konzepts vom Strafrecht und ihre historisch-materialistische Erklärung, in: Liszt der Vernunft, Kriminalsoziologische Bibliographie 1984, Heft 42, S.84f.

162) Franz von Liszt, Die Reform des juristischen Studiums in Preußen, Berlin 1886, S.10f., 21f.

そして、プロイセンの主導のもとで新しく復活したドイツ帝国において、プロイセンの優先のもと、我々に生まれつきの力強いドイツ人の特質から、帝国法が栄えた、といいつつ¹⁶³⁾、学生に古プロイセン、従って真のドイツ人精神を想起させたのである。その精神の本質は、どんなことにも無条件・無制限で（厳格な）義務を遂行するところに存する、とする¹⁶⁴⁾。張りつめた規律で学生を教え、学生の意向を常に無条件に共通の関心に服従させ、その構成員を、法律上の国家市民をも真の誠実な国家市民に育て上げることが大学に要求されているとするのである。そして、リストは学生たちに、学問に仕えることで、帝国および皇帝に仕えることができると呼びかけたのである¹⁶⁵⁾。「学問の目的」が「国家目的」に仕えるところにあるとするリストは典型的な国家主義者であり、これを見る限り、彼の自由主義者としての面影は見当たらないといっても過言ではない。リストの国家及びその役人に対する信頼が揺らいだことはない。彼は「重要行政機関の正常な意識」あるいは「裁判官の健全な正義感」を信頼することを唱えたのである¹⁶⁶⁾。なお、リストは刑法および刑事訴訟法と文化的関係および政治的な関係との間の一般的なかわりを理論的に承認しており¹⁶⁷⁾、上記のリストの国家観も合わせて考えると、リストが理論的にも実践的にも自分の構想を、刑罰権力の投入の際に、帝国主義国家の目的に一致させたということが窺える。さらに、リストが刑事法学にかかわる実務家の養成教育を刑法学の課題の一番目に挙げるほど強い思いをもっているが¹⁶⁸⁾、前述した帝国における大学教育の意味合いにおいて、国家における法の役割を考えると、養成された法実務家は国家目的に供しなければならないの

163) Liszt, a.a.O. S.30.

164) Liszt, a.a.O. S.55f.

165) Liszt, a.a.O. S.56f.

166) Franz von Liszt, Reichsrede 1917, in: Verhandlungen des Reichstages BD.310, 13. Leg. Per., 2. Session, stenografischer Bericht der 105. Sitzung des Reichstages am 10.5. 1917. 3202 D ff.

167) A. u. V. I. S.9f.

168) A. u. V. II. S.285f. 296.

であって、そこからもしストのリベラルな姿勢は見受けられないのである。

リストにとって、国家というのが法の唯一の源泉である。そして法というのは、強者、支配階級つまり国家の支配者の政策によって左右されるものであって、国家の支配者というのは、恒常的なものではなく、情勢によってその都度変わるものである。このような考え方を持っている人は、実力による秩序に従うことを常とするだろう。リストの場合、たとえば、いわゆる「社会主義者鎮圧法」との関係で彼のとった行動が、そのことを裏付けていると思われる。リストは、自身の初版の教科書において、1878年のヴィルヘルム一世の暗殺計画を機にビスマルクの提案した「社会主義者弾圧法」を扱ってはいるものの、これに対して政治的な評価は加えていない¹⁶⁹⁾。熱烈なビスマルク支持者であった彼にとっては当然のことであろう¹⁷⁰⁾。進化論的發展論を理論的基礎として採用し、社会的諸問題に対して実証主義的アプローチを採ったリストにとって、同法のような法は、まさに「進化」のために必要なものと思われたかもしれない。リストが精力的に活動した時代は、資本主義が展開され、独占的資本主義・帝国主義

169) Franz von Liszt: Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881. S.443ff.; Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1884. S.517ff. なお、これについて、藤尾氏の分析が有益である。つまり、「エー・シュミットは、リストをビスマルクの熱狂的崇拜者であったと述べているが、……彼が、いわゆる典型的な「ボナパルティスト」であったことを意味すると理解してよいだろう……。リストの政治家的資質について語っているが、このとき、かれが、オーストリーからドイツに移り住んだ前年、すでにビスマルクによって、いわゆる社会主義者取締法が、法の前平等を破る例外法 (Ausnahmegesetz) として制定施行されていたことを考えあわせるならば、リストの社会観ないしは政治的立場、さらには当時の社会情勢に対するかれの見解・態度の一端をも窺知しうるように思われる」と。(藤尾彰, 前掲書注(73), 111頁 (注25))。

170) ビスマルク時代は、社会的矛盾を緩和するために国家権力、つまり刑罰権力の柔軟な投入を自由主義と結びつけた。それがビスマルク治下の刑罰政策であり、必要であれば国家の強制的な介入が可能となったこのような傾向はその政治的な影響において明白であった。暴力による社会主義者の鎮圧への試みがそれであり、社会主義者鎮圧法がそれを明確にする。新しいドイツ労働者階級は、ドイツ帝国の政治的な第一の敵として見做され、扱われたのである (John Lekschas und Uwe Ewald, aa.O. (Anm.161), S.83.)。

段階にまで進む中で生じてきた社会の内的矛盾、つまり階級間の対立、人口の増大と都市への人口集中、住宅難、貧富の格差などの激化により、社会的に非常に不安定な時代であった。このような背景から犯罪、とくに常習犯と少年非行の増大が社会問題になりつつあった。さらに、このようなドイツにおける資本主義経済が19世紀末頃に帝国主義の段階に入るに当たって、社会主義的社会運動が広がりを持つようになった。このような時代的な状況に刺激されて、リストのいわゆる「マルブルク綱領」および犯罪原因論は構想されたのである。国家を信頼し、忠誠心で満ちている彼にとって、このような「国家的危機」に対して立ち向かうのは当然のことであったのであろう¹⁷¹⁾。そのことは、リストの実証主義的国家観およびそれに基づく法という観念からくるものでもあろうが、彼自身いわゆる「支配階級およびこれに類似したもの」¹⁷²⁾に属しているという意識からも

171) とはいえ、彼は非常に柔軟な思考の所有者であり、ビスマルクの失脚のあとにそのような姿勢は大きく変わる。「社会主義者鎮圧法」が撤廃されるようになった背景には、社会主義運動の展開があり、これはますます関心を持たれるようになる。このような政治的な変化に敏感に動いたのがリストであり、国家主義者・民族主義者から左翼民主主義者へ転向する。これは彼のもっている世界観からして、それほど驚くことではない出来事である。リストは犯罪の社会的原因が個人的原因よりも重要であるといいつつも、「社会病理現象としての犯罪」を、生物学的アプローチに基づき、犯罪を世の中から完全になくし得ると考えるのは理想であるとしており（A. u. V. II, S. 237）、その限りで社会主義を肯定するまでには至らなかったといえる（木村亀二、前掲書注15）、329頁）。

172) リストは「18世紀においてのように、このような動き（刑事政策領域で表面化された動き：筆者）の源は、専門の法学者および大学講壇の学問の代弁者にあるわけではなくて、市民の正義感と実際権利と見做すものとの葛藤を感ずる市民にある」と述べている。ここでいう市民はだれかという点、改革運動を主導する教養市民（das gebildete Volk）であるとしている（A. u. V. II, S. 23）。この教養市民がいわゆる「支配階級およびこれに類似したもの」であるということは言うまでもない。教養市民（das gebildete Volk）という概念は、ドイツの歴史を理解するためにも、とくに「ドイツ近代刑法史」をより正確に理解するためにも非常に重要な意味を持っているので、以下において、それに関する先行研究を簡単に紹介しておく。野田宣雄氏によると（以下は彼の著書『ドイツ教養市民層の歴史』、講談社学術文庫、1997年、13頁以下）、「教養市民層（Bildungsbürgertum）」という言葉は最近になって一般化したものであるとし、マックス・ヴェーバーの著作のなかにも出ておらず、1980年代に入ってから登場したとする。とはいえ、die Gebildeten, die Gebildeten Stände, der gebildete Bürgerstandなどの言葉は早くから存在しているの

肯定できるであろう。

このようなリストの社会観ないしは政治的立場からの階級的イデオロギーが、彼の作品に反映されているのである。ただしその反面、リストの理論自体をそういった特定のイデオロギーに縛られた枠内のみにとらえて理解しようとするのは、あまりに単純である。というのも、これまで検討してきた彼の理論は、その方法論によって広がりをもっており、それゆえ非常に柔軟な理論構成を可能とするものであると考えるからである。つ

ゝで、これらを念頭に置いたうえで、教養市民層という言葉を用いるとした——リストのいう *das gebildete Volk* もこのように意味において教養市民と名付けてもいいと思われる。なお、教養市民層の特徴として、次の7つがあげられている。すなわち、① 大学教育を受けていること。職業は、大学教授・ギムナジウム教師・裁判官・高級行政官僚・プロテスタント聖職者を含む広義の高級官僚と医師・弁護士・作家・芸術家・ジャーナリスト・編集者などの自由職業。② 教養市民層は、官僚の場合に著しいが、その後継世代は優れて彼ら自身の子弟のなかから補給される。③ 教養市民層は、出身階層や学歴を等しくし、高等教育を前提とする機構や団体のメンバーであり、予備校の資格を共有していることなどのために、彼らだけに特有なメンタリティーや行動様式をもつ。社会的人間関係においても、彼らは自分たちの間だけで交流し合う「集团的志向」をしめす。④ 社会的威信が経済的裕福よりも重視される。威信を優先させる態度はとくに官僚の顕著であるが、医師や弁護士などの自由職業の人々も、この「官僚の精神」に染まるようになった。⑤ 教養市民層は圧倒的にプロテスタントであり、とくに大学生および大学教授におけるその比率は、全人口のそれよりもはるかに高い。⑥ 教養市民層は社会の「文化エリート」である。教養市民層に属する者によって提供される現実解釈や秩序構想が——法制度から芸術作品にいたるまで——、「公的」文化を形作る。世論は基本的には教養市民層によって作り出されるのであって、教養市民層の文化が国民全体の文化を代表するものと通用する。⑦ 教養市民層が生み出した秩序構想を一般に流布し、それを社会全体の支配的な考え方にしてしまうような職業もまた、教養市民の手に握られている。すなわち、あらゆる学問分野——とりわけ精神科学・社会科学・神学・法律学——の大学教授、ギムナジウム教師、聖職者、作家、ジャーナリストなどの職業がそれである。なお、教養市民の周辺には、典型的な教養市民の仲間に加えてもらえないいくつかの「周辺グループ」が存在する。1. カトリック教徒 2. 小学校教師 3. 技師・技術者 4. 貴族 5. ボヘミアン 6. 労働者運動の思想的・政治的指導者グループがそれである。(これは Klaus Vondung の作品からの引用である。Zur Lage der Gebildeten in der wilhelminischen Zeit, in: Vondung (Hg.), Das wilhelminischen Bildungsbürgertum. Zur Sozialgeschichte seiner Ideen (Göttingen 1976), S.25ff.)。このような教養市民の概念から、リストが「支配階級およびこれに類似した者」という言葉にどのような思いを寄せているのかがよく理解できる。

まり、リストの用いる自然主義・実証主義、進化論的發展論そして目的思想は、極めて柔軟で広範囲に至る広がりをもっているにもかかわらず、自らに理論的に特別な制限を加えるような仕組みを設けていなかったということである。だからこそ、たとえば、刑法史上のいわゆる「倒錯」といわれるナチ政権の出現¹⁷³⁾も、リストの体系及び彼の学問観からは容認され得るのである。この点、リスト理論の反動性が認められる。もっとも、これには制限がないゆえに、逆に、極めて民主主義的で人権保障に徹底した法治国家刑法システムも射程範囲に入れることができるということに注意すべきである。もちろん、そのようなシステムには「支配階級による」ものであるという前提が必要である。

む す び

これまで検討してきたように、リストが犯罪の因果的な究明のために用いた実証主義的アプローチは、犯罪を社会現象の一部として把握し、それを効果的に克服するために用いた方法であった。そのような試み自体は——もしそれが本来の意味において進められたのであれば——高い評価に値する方法論であったのにもかかわらず、結果として、彼の階級的イデオロギーを背景に論理的な首尾一貫性を失ったのである。このことから考えると、リストが科学的実証主義をどのように理解していたのかについても疑問が生ずる。というのも、リストが確かに実証主義的傾向はもっていたとしても、そのような「実証主義的傾向」は本来の意味での実証主義ではないと考えられるからである。「目的」、「進化」、「発展」などが公理的な概念として設定されているとしても、それらが帰納的な方法によって一般化された概念ではないだけでなく、直観的に明確に把握できるものである

173) ナウケ氏によると、刑法史上「倒錯」といわれるのが、より一般的な現象であって、民主主義的法治国家刑法は常に脆弱化の危機に瀕しているとする（Naucke, aa.O. (Anm.68), S. III ff.）。

とも言い難い。リストは、認識論上のア・プリオリな概念を用い演繹的な思考を行うことに対しては、何の違和感ももっていないようである。なお、リストは、ヴェルツェルの言うように因果的決定論者であり、そうであるからには、機械論的唯物論をとるはずである。しかし前述のように、リストは弁証法的唯物論をとっているのであり、ラートブルフらとの論争においても、その点が批判の対象となったのである。さらに、「マールブルク綱領」の成立前の議論状況をみると、この綱領がリストによる独創的なものであるとは言えず、当時注目を浴びていた学問的成果および議論状況を寄せ集めて一つの流れにしたものであるという印象が強い。これらを踏まえると、リストの主眼は、刑法学の学問性いかんということよりも、彼の刑法学が担うべき特定の「目的」の方に置かれていると解される。だからこそ、その「目的」のために、場合によっては学問としての望ましいあり方を犠牲にすることになっても、ある程度の矛盾、非論理、非科学性は容認されているのではないかと考えられるのである。リストの理論が明確な階級的イデオロギーを内包しながらも、それに奉仕するような目的だけをあからさまに掲げると、もはやこれは学問とは言えなくなる。そこで、リストは当時非常に信頼を受けていた自然科学的研究方法と、いわば「流行」していた一定の議論の状況を取り入れることにより、自身の理論が説得力を得られると考えていたのではないか。仮にそうであるとすれば、それはイデオロギーの隠べいに過ぎず、しかも成功していないことになる。

そして、リストが学問の使命・役割を国家秩序の維持に供すべきであると考えた場合、そのような考え方からは、刑法（学）の果たす権力に対する批判的役割というものは到底導かれないのであって、学問は国家刑罰権力に奉仕する手段に陥ることになる。確かに、リストが解釈学において概念法学ともいわれるほど客観主義にこだわっていることから、その限りで、彼の刑法学にも国家の刑罰権力を制限するための学としての刑法学という意味合いを付与することも不可能ではない。しかしながら、リストの

そのような主張は、前述のごとく、根底にある階級イデオロギーを遮蔽するためであったと考えざるを得ないであろう。このことからすると、「批判の学」としての意味合いは彼の刑法学からはやはり消えており、厳しい評価に立たされる結果となる。

前述のように、リストにおける刑法の学問としての役割およびその使命とは、実証主義的国家観およびそれに基づく法という観念に導かれていることが明らかであった。それによれば、個人的権利はもはや超越的な原理から導き出されるとは考えらず、したがって、権利は利益と等しいものとみられる傾向が生ずるようになり、結局、自然権に代わる法的権利が形成されるのである。そうすると、この場合の法的権利というのは国家に先立つものではなく、むしろ国家の存在の結果であるとみなされることになる。このような国家というのは、その実力を存立の基盤としており、したがって、法というのも国家の担い手である支配階級ないしは国家の支配者の政治的志向によって、その形態が変わりうるものなのである¹⁷⁴⁾。以上のような考えに従えば、法治国家原理を制限することは容易に可能であり、合目的的に個々人の生活に介入できる行政国家への移行が可能になるのである¹⁷⁵⁾。「学問の目的」が「国家目的」に仕えるべきだとするリストの立場から考えると、彼の用いた理論は、まさに、このような実証主義的国家観に応ずるものであるといえよう。リストにおける、刑法（学）の学

174) ハロウェル、前掲書注(9)、107頁以下。

175) ラートブルフは、社会主義者弾圧法の施行後、1881年に導入された社会的立法などを挙げ、それが「リベラルな国家が社会的国家への自己形成に取りかかる」ことであるとする(Radbruch, aa.O. (Anm.24), S.222)。そして、彼は、リストが自分の刑事政策を経済的及び政策的思考の個人領域への転用であると名づけたことを例にとり、「リストは自身の理論を法治国家から行政国家への大きな変化に調和させた」とする(Radbruch, aa.O. (Anm.24), S.223)。ナウケ氏は、リストの刑法を「リベラルな国家から社会的国家への過渡期刑法」、ないしは「法治国家から行政国家への過渡期刑法」とであると想定する(Naucke, aa.O. (Anm.68), S.262)。なお、ケンベは、「マールブルク綱領は、刑法の自由の境界および自由確保から社会の中にある国家的に組織化された統制道具への移行をはっきり示している」とする(Kempe, ZStW 81 (1969), S.809 ff.)。

問としての役割・使命は国家刑罰権力にとって都合良く開かれており、刑罰権力に対する「制限の学・批判の学」としての役割は形骸化されていると言わざるを得ない。「国家目的」を重要視するリストの考え方は、国家刑罰権力に対する彼の楽観的な信頼をその基盤としているといえる。しかし、明確な制限原理のない信頼だけでは反動的な状態を回避できない。したがって、彼のかかげた刑法学が、ナチ国家のようないわゆる「倒錯」状態を容認するという可能性は、十分想定できるといえよう。ただし、その一方で、国家やその刑罰権に対するリストの信頼が、「倒錯」した状態だけに開かれているとは限らない。すなわち「国家目的」というものは、むしろ極めて自由主義的な法治国家を目指すことも内在的な可能性として併せ持っているからである。もっとも、リストの立場をふまえていうならば、そのような「国家目的」のあり方については、前提として必ず「支配階級およびこれに類似するもの」による容認が必要である。

このようにして、以上のことを踏まえてリストにおける学問の役割ないし使命を総じていうならば、それは、国家を支える支配階級の利益を最大限守りつつ、国家の目的にそぐわない理論体系を樹立することであるといえる。リストにおいて、国家目的の達成及び支配階級の安泰が社会の安全と等値されている。それに従えば、権力の濫用は「合目的性」という名の下で正当化されてしまいがちであり、実質的な法治国家刑法は脆弱の道を辿るしかないのである。したがって、リストを学問観という切り口から眺めると、たとえば、彼を人道的自由主義者として描こうとしても、このような負の側面を伏せて無批判的に議論するのは誤りであると言わざるを得ない。

リストを歴史的に評価するためには、方法論として学問観からのアプローチを用いることが有効であり、そうすることでリストの全体像がより明確になるのである。

以上、本稿は、リストの学問観という切り口から、リストの理論のもつ全体的な方向性についての考察を試みるものであった。とはいえ、リスト

の全作品，そして刑法学者として，政治家としての彼の全活動を網羅したものでないということは言うまでもない。したがって，本稿において立てられた仮説をより確実なものにするためには，今回取り上げられていない彼の全作品を実証的に検討する必要がある。とりわけ，リストが「補助学」に関して基本的に「門外漢」であったにもかかわらず，全刑法学という名の下で経験科学を包含しようとしたほどに，経験科学についての彼の信頼は大きかったと思われる。しかしながら，たとえば多くの版を重ねたリストの教科書をはじめ，各時期のリストの作品を通じて彼の学問観がどのように変遷していくのかということについて，詳しい検討はなされていないため，これを考察する必要がある。そうすることで，リストの学問観をより明確な形で理解することが可能となる。それは今後，別稿にて扱う課題としたい。